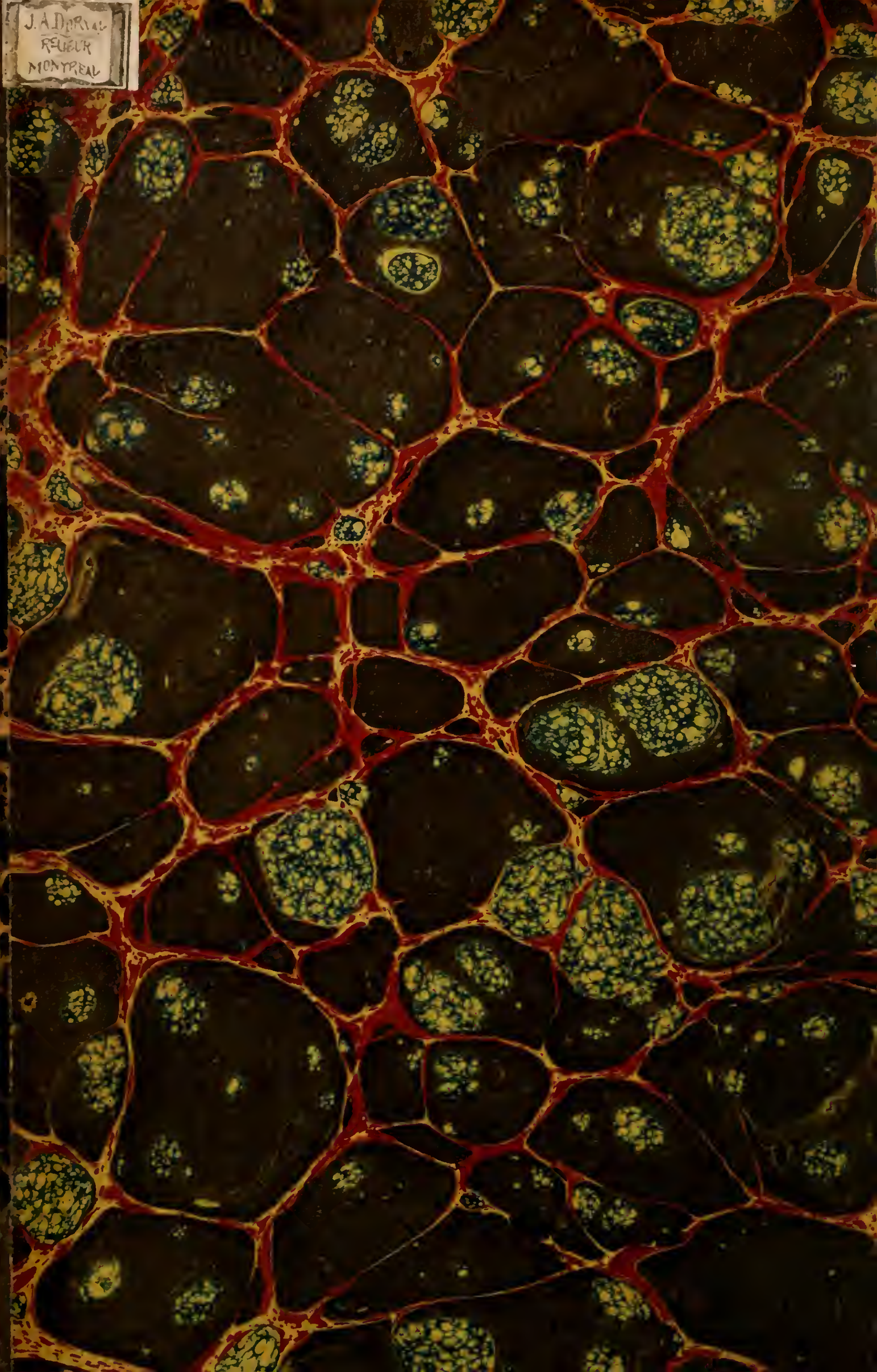



RELIEUR
MONTREAL

BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

...NANT ENTRE AUTRES MATIÈRES:

...e en Français et en Anglais.
...ciels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
...ng des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui ... parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres ...

...ncordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la ... la Louisiane.

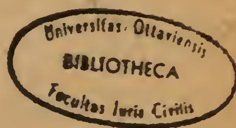
PAR

...S. C. de LORIMIER, C. R., L. L. D.

Professeur à l'Université Laval à Montréal.



VOL. XVI



MONTRÉAL:
...IEUX & DEROME
LIBRAIRES-EDITEURS
1886.

LA
BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA.)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 1898.]

1898. Lors de la dissolution de la société, chacun des associés ou ses représentants légaux peut exiger de ses coassociés un compte et un partage des biens de la société ; et ce partage doit se faire suivant les règles concernant le partage des successions en tant qu'elles peuvent être applicables.

Néanmoins, dans les sociétés de commerce, ces règles ne reçoivent d'application que lorsqu'elles sont compatibles avec les lois et usages particuliers aux matières de commerce.

1898. Upon the dissolution of the partnership, each partner or his legal representative may demand of his copartners an account and partition of the property of the partnership; such partition to be made according to the rules relating to the partition of successions, in so far as they can be made to apply.

Nevertheless, in commercial partnerships these rules are to be applied only when they are consistent with the laws and usages specially applicable in commercial matters.

[ARTICLE 1898.]

* *C. N.* 1872. } Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés.

Voy. *Domat*, cité sur art. 1892.

---

* 4 *Pothier* (*Bugnet*), *Société*, *n*o 161 *et s.* } 161. Pour dissoudre la communauté qui subsiste, après la dissolution de la société, entre les ci-devant associés, et pour acquitter les dettes respectives dont ils peuvent être tenus les uns envers les autres, chacun des ci-devant associés ou son héritier a droit de demander à ses associés ou à leurs héritiers qu'il soit procédé entre eux au compte et partage de la société.

Ils ont chacun, pour cet effet, l'action *pro socio*, ou l'action *communi dividundo*, à leur choix.

162. Chacun des ci-devant associés peut seul donner la demande en partage contre tous les autres, et les obliger à partager les effets qui sont demeurés en commun depuis la dissolution de la société.

Ses héritiers et autres successeurs peuvent pareillement donner cette demande, même un successeur particulier à qui un des ci-devant associés aurait vendu ou donné sa part.

163. Celui qui donne la demande en partage, la doit donner contre tous ses associés ou leurs héritiers. S'il ne l'avait donnée que contre un seul, celui contre qui elle est donnée serait fondé à demander par exception que le demandeur fût tenu de mettre en cause tous les autres, le partage devant se faire entre tous ceux qui ont part à la communauté.

Les autres associés qui n'ont pas été assignés, peuvent intervenir sans attendre qu'on les assigne.

164. Lorsque, dans les biens dont la communauté est composée, il y a des immeubles, les mineurs n'en peuvent pas demander le partage ; mais les majeurs peuvent demander

le partage de ces immeubles, même contre les mineurs, et le faire ordonner avec eux. La raison est, que le partage des immeubles, de la part de celui qui le demande, est une disposition volontaire qu'il fait de ses droits immobiliers ; car il ne tenait qu'à lui de ne pas demander le partage. Or il n'est pas permis aux mineurs de disposer de leurs biens immeubles durant leur minorité ; mais le partage, vis-à-vis de celui à qui il est demandé, est une disposition nécessaire, puisqu'il ne pouvait pas empêcher la demande en partage. Or les lois qui défendent aux mineurs d'aliéner et de disposer de leurs immeubles, ne comprennent pas les dispositions et les aliénations nécessaires. Le majeur qui est en communauté avec un mineur, ne doit pas souffrir de sa minorité : *Ad divisionis causam provocante tantummodo majore socio, ejus alienationem sine decreto fieri jam pridem obtinuit;* L. 17, Cod. *de præd. min.*

165. Ordinairement la demande en partage peut être donnée aussitôt après la dissolution de la société. Néanmoins si les parties étaient convenues de surseoir au partage pendant un certain temps, et de le remettre à un temps qu'elles ont cru devoir être plus opportun pour se défaire des effets communs, cette convention devrait être exécutée, quoique la convention indéfinie de ne pas partager n'eût pas été valable : *Si convenit ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactam nullas vires habere manifestissimum est ; sin autem ne intrà certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitas prodest, valet;* L. 14, § 2, ff. *Comm. divid.*

Cette convention n'empêche pas un ci-devant associé de vendre, en attendant, à un tiers sa part indivise dans la communauté ; mais cette convention peut être opposée à l'acquéreur, qui ne doit pas avoir plus de droit que l'associé, si cet acquéreur demandait avant le temps le partage : *Emptor communi dividundo agendo eâdem exceptione summovebitur quâ auctor ejus ; Ead.* L. § 3.

166. Tant que les associés ou leurs héritiers possèdent en commun les choses communes, y eût-il plus de cent ans

qu'ils les possédassent, on ne peut opposer aucune prescription pour exclure l'action de partage. Mais il pourrait y avoir lieu à la prescription trentenaire, s'il y avait plus de trente ans qu'ils les possédassent séparément : on présumerait qu'il y aurait eu entre eux un partage dont l'acte se serait perdu.

---

* 4 *Pardessus, Dr. Comm.*, *n*° 1071 *et s.* } 1071. La dissolution d'une société, soit générale, lorsque tous cessent l'entreprise commune qu'ils avaient faite, soit partielle ou relative, lorsqu'un ou plusieurs se retirent, semblerait, à s'en tenir aux expressions littérales de la loi, ne devoir être valable entre les associés, qu'autant qu'elle a été rendue publique par affiches et insertion dans les journaux. Cependant ce principe deviendrait la source d'une injustice qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur.

Cette dissolution ou cette retraite ne doit point, sans doute, avoir d'effets à l'égard des tiers, si elle n'a été rendue publique ; et c'est ce que nous dirons n. 1088. Mais il n'y aurait aucune raison de la considérer comme non avenue entre les associés ; leur fait d'avoir cessé d'opérer en commun, ou d'avoir laissé effectuer la retraite de l'un d'eux, s'élèverait contre toute interprétation abusive qu'ils voudraient faire du texte littéral de la loi.

On a pu, quoiqu'avec une extrême rigueur, lorsqu'il s'agissait de la formation de la société, dire qu'elle ne serait censée complétement et irrévocablement formée, qu'au moyen de l'affiche d'un extrait de l'acte ; on a pu présumer que jusque-là les contractants n'ont pas voulu se tenir pour engagés. Il n'en saurait être ainsi, pour la dissolution : en se séparant les associés ont consommé la dissolution, sans qu'il puisse rester d'incertitude sur ce qu'ils ont voulu faire ou ne pas faire. Il n'est plus besoin de présumer rien entre eux ; c'est dans l'intérêt des tiers seulement, qu'on peut présumer que les associés ont voulu rester obligés puisqu'ils n'ont pas pris les mesures convenables pour apprendre à ces tiers qu'il n'y avait plus de société.

Nous ne dissimulons pas toutefois que notre opinion, tout équitable qu'elle nous paraisse, s'écarte de la lettre de la loi; mais avec le secours des principes généraux. il est facile de reconnaître qu'elle a une base solide.

Ce que la loi prononce contre l'associé qui n'a pas rendu sa retraite publique, c'est une nullité que les seuls intéressés, c'est-à-dire, suivant l'explication donnée n. 1008, les autres associés peuvent invoquer contre lui; mais celui qui pouvant invoquer la nullité d'un acte, l'exécute, est censé renoncer à cette exception, et n'est plus recevable à l'opposer.

Non-seulement il n'est plus recevable, mais ceux qui le représentent, tels que ses héritiers, ses créanciers, si par la suite il tombait en faillite, ne le peuvent aussi, parce qu'ils n'ont pas plus de droits que leur auteur ou leur débiteur; parce que tout ce que cet auteur ou ce débiteur a aliéné n'est plus dans ses biens; parce qu'enfin ne pouvant, dans ce cas, agir que comme ses représentants, ils n'ont pas plus de droits que lui.

1072. Tout associé est fondé à demander à ses coassociés ou à leurs héritiers, qu'il soit procédé aux comptes et partage des choses communes. Mais on doit s'entendre sur les opérations à finir. Si les parties ne peuvent y parvenir, les opérations résolues, soit par une délibération, soit par tout autre mode légal et obligatoire, quoique non commencées, seraient considérées comme affaires communes, s'il en résultait déjà des droits et des obligations pour toute la société.

Si, par exemple, il a été envoyé un changement à la Martinique, avec instruction d'en employer le prix à l'achat et à l'envoi de marchandises, et qu'avant le retour du navire, ou même pendant le voyage d'aller, un associé vienne à mourir, ses héritiers auront part aux retours, soit pour le bénéfice, soit pour la perte. C'est par suite de ce principe que nous avons vu, n. 692, que la mort d'un homme de mer engagé au fret ou au profit, n'empêchait pas que ses héritiers ne partageassent les produits de la navigation, comme il l'eût fait lui-même.

Suivant les mêmes principes, si, depuis la mort de l'un des associés, l'autre a fait quelque nouveau marché avantageux relatif au commerce pour lequel la société avait été contractée, mais indépendant de toute opération antérieure, l'héritier du défunt n'y pourra prétendre aucune part et réciproquement, si le marché était désavantageux, on ne pourra aussi lui faire rien supporter dans la perte.

On peut ; à l'aide de ses principes, résoudre la question qui se présenterait dans l'hypothèse suivante. Pierre et Paul étaient associés : au cours de la société, Pierre a tiré sur Paul une lettre de change pour une affaire sociale, et celui-ci l'a acceptée. Mais la dissolution arrive avant le terme du payement. Pierre, s'il est encore propriétaire de la lettre de change ne pourra en exiger le montant jusqu'à ce que, par l'effet de la liquidation, il soit reconnu qui des deux est débiteur envers l'autre.

Les actions que le contrat de société donne droit à chaque associé d'exercer contre les autres, soit pour faire opérer la liquidation, soit pour faire rendre compte de quelque gestion particulière, etc., ne sont point soumises à une prescription autre que les actions personnelles : elles subsistent trente ans.

Celui qui provoque la liquidation et le partage doit agir contre tous ses coassociés : s'il n'en avait assigné qu'un seul, celui-ci serait fondé à requérir, par exception que le demandeur mette en cause tous les autres, le partage ne pouvant avoir lieu partiellement.

Pour atteindre ce but, il faut, comme dans toute opération de partage, établir la masse à diviser. Mais on peut y parvenir sans, au préalable, avoir procédé à la liquidation de la société et aux comptes respectifs des associés envers la masse sociale.

---

* *Troplong*, *Société*, *sur art.* 1872, *nos* 996, 998, 1057 *et s.*

996. Nous venons d'épuiser les causes qui amènent la dissolution de la société.

[ARTICLE 1898.]

Soit que la société finisse de plein droit, soit qu'elle s'éteigne par décision du juge ou par le consentement unanime des parties, cette crise aboutit à l'extinction de la personne civile, et alors il ne reste plus que de simples communistes et une masse indivise à partager.

L'article 1872 s'occupe de cet événement final ; il nous renvoie à la législation des successions sur le partage d'une hérédité.

998. En France, nous ne nous attachons pas à la dénomination des actions ; c'est le fond qui nous préoccupe plutôt, et nous tenons que l'action en partage d'une société embrasse tout à la fois les prestations personnelles et la division et l'attribution des lots. Cette action est mixte (1) ; elle se porte devant le tribunal du lieu où la société était établie (2), de même que la demande en partage d'une succession, auquel l'article 1872 compare le partage d'une société, se porte devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Les demandes en rescison de partage et en garantie des lots sont également de la compétence du tribunal du lieu où la société était établie. C'est toujours une suite de l'assimilation que l'article 1872 établit entre le partage d'une société et le partage d'une hérédité (3).

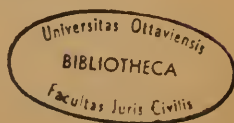
1057. Il y a cependant, dans le titre des partages en matière de succession, quelques dispositions que la nature des choses rend inapplicables au partage des successions (4).

(1) Inst., § 21 *de act.;* Pothier, n. 194.

(2) Art. 59, § 6, du code de procédure civile.

(3) Pigeau, t. 1, p. 197 ; Carré, t. 1, p. 131 ; cassat., 16 novembre 1815 (Sirey, XVIII, 1, 82) ; Paris 13 février 1808 (Sirey, VIII, 2, 1203) ; Douai, 18 juillet 1833 (Sirey, XXXIII, 2, 565) ; Aix, 13 novembre 1837 (Sirey, XXXVIII, 2, 130.)
Add. Op. conf. de Duvergier, n. 479.

(4) Add. *Jurisprudence.*— Le partage entre associés civils n'est assimilé par la loi au partage entre cohéritiers que quant aux dispositions qui règlent les formes du partage et les rapports des copartageants entre eux,



D'abord, je ne pense pas que l'apposition des scellés, y soit nécessaire. Au moment de la dissolution, il y a souvent une suite à donner aux affaires (art. 1868), et l'apposition des scellés paralyserait tout.

1058. Il faut aussi rayer l'art. 815, d'après lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision : non pas que le principe de cet article soit étranger à la société ; mais il est reproduit au titre *Des sociétés* dans les art. 1865, § 5, et 1869, avec l'accommodement nécessaire à ce contrat ; et, dès lors, il n'a pu être dans la pensée du législateur de renvoyer ailleurs pour régler ce qu'il avait déjà réglé. Nous avons vu ci-dessus dans quelle erreur l'oubli de cette observation a entraîné Duranton (1).

1059. Ecartons aussi l'article 841 qui maintient le retrait successoral (2). Lorsque l'article 1861 permet à un associé de céder sa part à un tiers, ce n'est probablement pas pour permettre aux associés d'enlever à ce tiers le bénéfice de son contrat. L'intérêt des familles doit faire écarter du partage l'étranger qui vient troubler son repos ; mais la présence d'un

et non quant à ses effets (code civil, art. 1872). (20 novembre 1834. Cass. de France, req. Dalloz, XXXV, 1, 38).

—Le privilège d'exploitation d'un théâtre ne constitue pas une propriété libre et indépendante. En conséquence l'associé propriétaire d'actions sur un théâtre détruit par cas fortuit ne peut exiger que la vente des privilèges et accessoires de ce théâtre soit faite d'après les formes judiciaires tracées pour les ventes mobilières d'objets indivis, ni se refuser par ce motif d'adhérer à la cession amiable que les autres actionnaires veulent consentir à un tiers, alors que le gouvernement, usant du droit qui lui appartient, n'a accordé à la société la faculté de disposer du privilége théâtral que dans un délai très-court (13 juillet 1841. Req., Paris, Laurey. Dalloz, XLI, 1, 285).

(1) *Suprà*, n. 968.

Add. Op. conf. de Duvergier, n. 473.

(2) E. Persil, p. 49 ; Duranton, t. XVII, n. 443 ; Duvergier, n. 472. *Contrà*, Pardessus, n. 1085 ; Delvincourt, t. III. p. 236, notes.

Add. Et *Inst. de droit commercial*. *Junge* Mazerat sur Demante, n. 570 : " Il y a, dit-il, identité de motifs."

étranger au partage d'une société n'a rien d'effrayant. La société finie, les associés sont étrangers les uns aux autres; qu'importe que l'un d'eux soit remplacé par un étranger (1)?

1060. Mais rien ne défend de stipuler, dans les statuts d'une société, que, si l'un des associés vendait sa part, les autres auraient la préférence (2).

1061. L'art. 882 n'a pas non plus été transporté dans la société. Si, en matière de partage de succession, le législateur a voulu que le partage consommé sons opposition ne put être attaqué, c'est que c'eût été porter le trouble dans les familles; mais ce motif n'existe pas dans le partage d'une société (3).

(1) Add. *Jurisprudence.*—Décidé que l'art. 841 du code civil qui autorise le retrait en matière de succession ne s'applique pas au cas de société (7 juillet 1836. Paris, Greffulbe. Dalloz, XXXVI 2, 135).

(2) *Suprà*, n. 347, statuts de la compagnie d'assurance pour risques maritimes.

Add. On lit dans Duvergier, n. 474 : " Voy. Duranton, t. XVII n. 443, voy. en sens contraire, Delvincourt, t. VII, p. 313, et Pardessus, n. 1085. Duranton cite un arrêt rapporté par Dalloz, v° *Société*, p. 264, sans indication de date, ni de la cour qui l'a rendu, qui aurait jugé qu'on ne peut pas même stipuler le droit de retrait entre associés. Duranton blâme avec raison une pareille décision ; il est certain, en effet, que sous l'empire du code civil, nonobstant l'abolition de retrait de société prononcée par la loi du 13-18 juin 1790, est légale et valable la convention faite entre associés, que si l'un d'eux cède ses droits à un tiers, les autres pourront écarter le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession."

(3) Cassat., 20 novembre 1834 (Sirey, XXXV, 1, 131). *Contrà*, Paris, 13 juin 1807 (Sirey, VII, 2, 719).

Add. Duvergier dit sur la question, n. 475 et 476 : " Un arrêt de la cour de cassation, du 20 nov. 1834, a décidé que l'art. 882 du code civil, d'après lequel les créanciers ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé au préjudice d'une opposition par eux formée, n'est pas applicable en matière de sociétés ; et que les partages entre associés peuvent être attaqués pour fraude, par un créancier non opposant.

" Les observations du conseiller rapporteur et les motifs de l'arrêt

1062. Mais, à part ces exceptions, l'on retombe dans tout ce qui a trait à la forme du partage des successions et aux obligations qui en dérivent.

1062. 2° (1).

font clairement ressortir de graves différences entre les deux espèces de partages, et justifient ainsi la décision.

" Si, y est-il dit, en matière de partage de succession, le législateur a " voulu que le partage consommé sans opposition ne pût être attaqué, " c'est que, d'une part, l'ouverture d'une succession est un fait notoire " qui a mis le créancier de l'héritier à même de veiller à la conservation " de ses droits ; et que, d'autre part, c'eût été porter le trouble dans les " familles que d'admettre l'action du créancier en nullité d'un partage, " après qu'il aurait été consommé sans opposition de la part du créan- " cier. Il n'en peut être de même du partage d'une société civile, dont " l'existence a pu être ignorée des tiers, et qui n'avait établi entre les " associés d'autres liens que ceux d'une communauté d'intérêts, dont la " durée était subordonnée à leur volonté commune. Il résulte de là, " que le partage d'une société a dû, comme tout autre acte, être soumis " à la disposition générale du § 1er de l'art. 1167 du code civil."

" Ces arguments sont décisifs mais l'arrêt en présente surabondamment un autre qui me paraît ne devoir pas être adopté. La cour pense qu'il résulte des termes dans lesquels l'art. 1872 est conçu, qu'il n'est relatif qu'à la forme du partage et aux droits des co-partageants entre eux.

" Cet article exprime au contraire que toutes les dispositions placées sous la rubrique *du partage*, au titre *Des successions*, régissent le partage des sociétés. Il porte, en effet, que les règles concernant le *partage* des successions, la *forme* de ce partage et les *obligations* qui en résultent entre cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés.

" Certainement, ce n'est pas à réglementer la forme seulement qu'un pareil texte est destiné.

" L'art. 883 du code civil dispose " que chaque cohéritier est censé " avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans " son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété " des autres effets de la succession."

(1) Add. *Si, par l'effet du partage, un des associés est débiteur de l'autre, de quand doit-il les intérêts ?*— Delvincourt pose et résout ainsi la question : Si, par l'effet du partage, l'un des associés se trouve débiteur de l'autre, de quand doit-il les intérêts, si l'acte de partage, ou celui de société, ne contient aucune stipulation à ce sujet? Du moment de la

1062. 3° (1). 1062. 4° (2).

1063. Un des principes les plus saillants sur les effets du partage, c'est qu'il est déclaratif et non translatif. J'ai touché ailleurs (3) l'origine de ce principe, contraire au droit

demande seulement, suivant Pothier. Il n'y a pas la même raison que pendant la durée de la société. Les associés sont devenus étrangers l'un à l'autre, par la dissolution de la société, Cet avis paraît être aussi celui de Savary, parère 68. Cet auteur pense même, avec Dupuis de la Serra, que, s'il y a compte respectif entre les associés, les intérêts, même demandés, ne courent que du jour où la liquidation a été faite, et le reliquat déterminé, d'une manière précise, soit par une convention, soit par un jugement."

(1) Add. Qnid *si un associé a reçu sa part entière, et qu'il y ait* déficit *pour les autres*? Delvincourt pose et résout ainsi la question : " *Quid* si, au moment de la dissolution, les fonds sociaux se trouvent entre les mains de l'un des associés, que l'un d'eux a exigé de lui sa part entière, mais que l'associé dépositaire se trouve hors d'état de payer les parts des autres associés ? La loi 63, § 5, D. *Pro socio*, décide que celui qui a reçu doit partager avec les autres, de manière à ce que toutes les portions soient égales, à raison des parts qu'ils avaient dans la société ; mais bien entendu, pourvu qu'il n'y ait aucune faute ni demeure de la part de ceux qui n'ont pas reçu : *quasi iniquum sit*, dit la loi précitée, *ex eâdem societate, alium plus, alium minus consequi.* Il me semble que cette décision pourrait être admise dans notre droit, et ce par argument des articles 1848 et 1849, si toutefois l'opération a eu lieu avant le partage, et si, comme nous l'avons dit, il n'y a eu aucun retard de la part des autres. Autrement celui qui a reçu invoquerait le principe *Jura vigilantibus prosunt.*"

(2) Add. *La loi* 63, D. Pro socio, *n'est pas reproduite dans le droit français.*—Malleville, p. 26, dit à ce sujet : "On ne trouve pas ici une règle comme dans le droit romain, c'est qu'à la reddition des comptes et à la liquidation de la société, l'associé qui se trouve débiteur n'est condamné que *in quantum facere potest* (leg. 63), *hic, id est deducto ne egeat* (l. 173 D. *de reg. jur.*) Le motif de cette règle était, *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (dict. leg. 63.)

" Par cela seul que cette règle a été omise, et que d'autres dispositions de ce titre supposent l'obligation aux juges de condamner l'associé débiteur au payment de ce qu'il doit réellement, ils ne peuvent plus la suivre."

(3) Mon *Comm. de la Vente*, n. 11.

romain, et Championnière, autour du savant *Traité des droits d'enregistrement*, en a exposé le développement historique avec beaucoup d'érudition (1).

Il suit de là que, par le partage, chaque associé est censé avoir été propriétaire des choses comprises dans son lot, depuis qu'elles sont entrées dans la société (2).

Par exemple : notre société se compose d'une maison qui constituait mon apport, d'une prairie qui était dans le vôtre, et de terres labourables que nous avons achetées pour le compte de cette société. Si, par le partage, je reprends ma maison, elle sera censée n'avoir jamais cessé de m'appartenir. Le contrat de société, qui l'a mise en commun, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, cette maison tomberait dans votre lot; et comme l'événement du partage a fait manquer la condition, vons êtes censé n'y avoir jamais eu aucun droit.

Si c'est votre prairie qui tombe dans mon lot, je suis censé la tenir de vous, non par le partage, mais dès l'instant du contrat de société.

Enfin, si le partage m'attribue les héritages acquis durant notre société, je suis présumé les avoir acquis en entier dès le temps de l'achat, et la société est censée les avoir achetés pour composer le lot de celui dans lequel ils tomberaient.

Tels sont les principes, les incontestables principes du droit français.

(1) *Revue de legislation*, t. VII, p. 405, et t. VIII, p. 161.

(2) Mon *Comm. de la Prescription*, n. 886; Duranton, t. XVII, n. 480; Delvincourt, t. III, p. 237, notes.

[ARTICLE 1899.]

1899. Les biens de la société doivent être employés au paiement des créanciers de la société de préférence aux créanciers particuliers de chaque associé ; et si ces biens se trouvent insuffisants pour cet objet, les biens particuliers de chacun des associés sont aussi affectés au paiement des dettes de la société, mais seulement après le paiement des créanciers particuliers de tels associés séparément.

1899. The property of the partnership is to be applied to the payment of the creditors of the firm, in preference to the separate creditors of any partner ; and in case such property be found insufficient for the purpose, the private property of the partners, or of any one of them is also to be applied to the payment of the debts of the partnership ; but only after the payment out of it, of the separate creditors of such partners or partner respectively.

---

* *Status Ref. du B. C., ch.* 65, *sec.* 6, 7. } 6. La loi à suivre pour la distribution du fonds social ou des biens d'une société, et des biens particuliers de chacun des associés, saisis, ou autrement produits en cour pour être distribués, sera comme suit, savoir ; les produits nets des biens de la société seront d'abord employés à payer les créanciers de la société, et les produits nets des biens particuliers de chacun des associés seront en premier lieu employés à payer ses créanciers particuliers,et s'il reste quelque chose des biens particuliers d'un associé, après le paiement de ses dettes, cet excédant sera ajouté, s'il est nécessaire, aux produits des biens de la société, pour payer les créanciers de la société ; et s'il reste quelque chose des biens de la société, après le paiement des dettes de la société, cet excédant sera distribué entre les biens particuliers des associés respectifs, d'après leurs droits et intérêts ; et la somme ainsi ajoutée aux biens

particuliers d'un associé, sera employée au paiement de ses dettes particulières, s'il est nécessaire. 22 V. (1859) c. 4, s. 1.

7. La section immédiatement précédente n'invalidera aucun jugement de distribution rendu avant le vingt.sixième jour de mars, 1859. 22 V. (1859) c. 4, s. 2.

---

* *Stuart's Rep.*, *p.* 437 *et s.*, *Montgomery*, *App.*, *& Gerrard et al.*, *Int.*, 17 *nov.*, 1330. } An action of debt was instituted by the appellant as executor of the last will and testament of the late Matthew McClure, against Francis and William Hunter, as co-partners, on their notarial obligation dated 1st June 1811. In consequence of an execution sued out on a judgment rendered against the defendants, several lots of land, the property of the said co-partnership, were seized and sold. An apposition was fyled by the respondents, executors of the late David David, claiming the monies levied, founded on a notarial obligation executed by Francis Hunter, one of the defendants individually, on the 7 November 1794, which had been assigned to the said David David. It was considered by the court below, that there being a priority of mortgage in favor of David, it would attach upon the property of the partnership which had been seized and sold under the execution, and thereupon the monies levied were adjudged to the respondents.

· The reasons assigned by the appellant upon this appeal were, 1. That by the law of this country, the creditors of a company have exclusively set apart to them the partnership estate for payment of their debts, against the company. The particular creditors of the firm have no claim upon the property of the partnership, except when there is a surplus after the payment of all the partnership creditors ; and then the creditors of each of the particular partners have a right to be ranked on the portion of their debtor in that surplus : whereas in this case the particular creditor was allowed to be ranked upon the proceeds of the joint estate, to the

exclusion and prejudice of the creditors of the joint fund. 2. That a creditor cannot by law have any other or greater interest in the property of his debtor, than the debtor himself had, and that the right of Francis Hunter in the property seized in this cause, was one subject to the payment of the joint debts under the rule, *bona intelliguntur cujusque, quæ deducto œre alieno supersunt.* And that by the judgment complained of, there was given to the respondents a greater interest in the subject seized than was possessed by the debtor (*a*).

(*a*) See an arrêt of the parliament of Grenoble of the 22nd of August 1637, in Basset, vol. 2, B. 5, T. 2, cap. 11. Arrêt of the 11th June 1692, in Brillon, Dict. des Arrêts, p. 208. Société-Dettes § 7. Arrêt of 25th January 1677, in Jour. du Palais, T. 1, p. 776, and in Jour. des Aud. T. 3, 1, 4, cap. 3, p. 178. Despeisse de la Société, sect. 4 dist. 2. § 3. Bacquet Tr. des Droits de Justice, cap. 21, § 136. Dig. 17, 2, 27. Questions sur les Privilèges et Hypothèques, par Persil, Tom. 1, p. 192, § 111, No. 60.—Code Napoléon, No. 1860. Gow's Law of Partnership, p. 48, where the cases in the English law are collected, and Bell's Commentaries containing a summary of the Scotch law, pp. 29, 555, 556, 558.

The doctrine in the modern French law is beautifully stated in the following extracts from *Pardessus. Cours de Droit Commercial.*

* * * Une société est une personne morale, qui, dans un grand nombre de circonstances, peut, par toutes sortes de contrats ou quasi-contrats, s'engager ou engager à son égard.* * *

Le créancier particulier d'un associé ne pourrait faire saisir les effets et autres choses formant l'actif de la société, sous prétexte qu'une partie indivise en appartient à son débiteur. Il doit attendre la liquidation, se borner aux oppositions susceptibles de conserver ses droits, et exercer ceux de son débiteur, dans le partage des profits, aux époques déterminées par les conventions. Il ne pourrait même pas, sous le prétexte que les droits de son débiteur sont exposés par des spéculations chanceuses, s'y opposer, lorsqu'elles ont été résolues par la société, ni intervenir dans ses délibérations.—Vol. 4, pp. 17, 18.—No. 975.

Mais si la société était formée par actions, comme alors elle a, ainsi que nous l'avons vu n. 973, un caractère plutôt réel que personnel, qu'elle est une réunion de capitaux plutôt que de personnes, le créancier pourrait provoquer la vente de ces actions, à moins que l'acte social rendu public dans les formes légales ne les eût déclaré incessibles. De

[ARTICLE 1899.]

Per Curiam. — Partnership property is not liable to the payment of the debts of individual partners,—nor can a partner have any separate disposal interest in the partnership property over which his creditors could exercise any control until it has been first ascertained what is the separate interest of that partner in the partnership concern, after the debts are paid. The judgment of the court of King's Bench is therefore reversed, and the monies levied, ordered to be paid over to the appellant.

même, celui qui serait créancier d'un des associés, et débiteur de la société, ne pourrait, ni invoquer dans son intérêt, la compensation, pour se libérer, ni être repoussé dans les poursuites qu'il exerceroit contre son débiteur par l'exception de compensation que ferait valoir celui-ci, du chef de la société.—Ib. p. 19.

Toutes les dettes qui ont été contractées par la société doivent être acquittées avec les effets qui en composent l'actif, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés, puisque la société étoit un être moral, qui avait son individualité et ses droits distincts de ceux de chacun de ses membres. La raison s'en fait sentir facilement. Les créanciers particuliers d'un associé ne peuvent prétendre plus de droit qu'il n'en auroit lui-même ; or, il ne peut en exercer que dans ce qui restera quand les dettes seront payées. Mais lorsque l'actif de la société étant insuffisant, les créanciers exercent leurs droits sur les biens personnels des associés, ils ne viennent qu'en concurrence avec les créanciers particuliers. On rentre alors dans le droit commun, l'exception que nous venons d'indiquer ne pouvant plus avoir son effet.

Les droits des créanciers contre les associés individuellement, sont plus ou moins étendus, suivant les règles que nous avons données ; ils subsistent après la mort de chaque associé, contre ses héritiers ; et lorsque la société ne continue pas avec eux, la dette totale se divise entre ceux-ci, conformément aux principes du droit civil. Par exemple, deux personnes sont en société. Il est dû à un tiers 20,000 francs. Le créancier peut demander les 20,000 francs en entier à celui des associés qu'il veut choisir, tant qu'ils sont vivants. Si l'un d'eux vient à mourir avant que l'obligation ait été acquittée, sa succession peut bien être, en vertu de la solidarité, poursuivie pour payer la totalité des 20,000 francs ; mais s'il a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux ne doit personnellement, dans ces 20,000 francs, qu'une part virile, c'est-à-dire un quart, un cinquième, selon qu'ils sont quatre ou cinq héritiers.—Ib. p. 211, No. 1089.

* 4 *Pardessus, Dr. Comm.*, *n*° 1089 *et s.* } 1089. 1° Les dettes contractées par la société doivent être acquittées avec les valeurs de toute nature dont l'actif est composé, à l'exclusion des créanciers particuliers de chaque associé, puisque la société est, d'après les principes expliqués n. 975, un être moral qui avait son individualité et ses droits distincts de ceux de chacun de ses membres.

La raison s'en fait sentir aisément. Les créanciers particuliers d'un associé ne peuvent prétendre plus de droits qu'il n'en aurait lui-même; or, en sa qualité d'associé, il n'a droit de percevoir aucune somme dans l'actif, qu'après la libération entière et définitive de cet actif.

Ainsi, la femme d'un associé ne pourrait, en vertu de l'hypothèque légale que la loi lui accorde sur les immeubles de son mari, prétendre aucun droit sur les immeubles faisant partie d'une société dont celui-ci serait membre. Tant que la société subsiste, ou que ses dettes n'ont pas été payées, ces immeubles appartiennent à l'être moral, à la liquidation, et non à aucun des associés en particulier, ni en totalité, ni en partie. Il en résulte des conséquences importantes que nous allons essayer d'appliquer à chaque espèce de société.

On conçoit très-bien que ce que nous avons à dire ne peut recevoir son application que dans le cas où la société étant en faillite, ne produit pas ou ne donne pas aux créanciers la certitude d'être payés comptant et intégralement de ce qui leur est dû. Si la liquidation de la société se faisait sans embarras, les créanciers recevant chacun sa créance à l'échéance et sans courir le risque d'une insuffisance dans l'actif social, il serait inutile d'examiner quels droits ils peuvent exercer sur les biens individuels et extrasociaux des associés.

Les créanciers d'une société en nom collectif ont, sur l'actif social, des droits qui excluent les créanciers particuliers des divers associés; mais si, ne trouvant pas, ou craignant de ne pas trouver, dans cet actif social, de quoi se faire payer, ils veulent poursuivre individuellement ces associés, ils peu-

vent être en concurrence avec les créanciers particuliers de ces derniers ; et sur ces actifs extrasociaux, ils n'ont aucun droit de préférence en qualité de créanciers de la société.

De leur côté, les créanciers particuliers d'un associé n'ont point, sur ses biens extrasociaux, de droits de préférence sur les créanciers de la société.

S'il y avait lieu, entre eux tous, à quelque préférence, ce ne serait qu'en vertu de la qualité particulière de chaque créance, suivant les règles que nous expliquerons n. 1189 et suiv.

Cette distinction, sur laquelle nous ne pensons pas qu'il puisse s'élever des doutes sérieux, n'a plus cependant d'application, une fois que la société est liquidée et partagée entre les associés. Ce que chacun d'eux a eu de l'actif social se confond dans sa fortune particulière ; et un créancier de la société qui le poursuivrait, ne serait fondé à faire des recherches pour parvenir à une sorte de séparation de patrimoines. Il faut en conclure que si un associé avait, par un accord avec ses co-associés, reçu tout ou partie de l'actif social, avec la charge d'en payer les dettes, et faisait ensuite faillite, les créanciers de la société ne pourraient prétendre un droit de distraction et de préférence sur les biens qu'il aurait reçus de ses co-associés, par l'effet de la liquidation et de la transaction opérée entre eux.

On a vu, n. 976, que des commerçants pouvaient former des sociétés tout à fait distinctes, quoique composée des mêmes individus. Ces sociétés formant des êtres moraux qui ont leur individualité, les créanciers de chacune ont leurs droits distincts sur les actifs de ces sociétés.

Il n'est pas difficile de concevoir comment ces principes s'appliqueraient aux commandites, en ce qui concerne l'associé ou les associés indéfiniment responsables.

Mais ils seraient sans application aux commanditaires. Lorsqu'ils ont versé leurs mises, les créanciers n'ont plus rien à leur demander. S'ils ne les ont pas versées les créanciers peuvent agir contre eux de la manière expliquée n. 1034,

pour les contraindre à les réaliser dans la masse de la société, afin que ces mêmes créanciers y exercent leurs droits; sans préjudice de ceux qu'ils ont indéfiniment contre les associés responsables.

Quant aux sociétés anonymes, il est évident que le seul gage des créanciers consiste dans l'actif social; s'ils avaient quelques droits à exercer contre les membres de la société, ce serait pour les contraindre à effectuer les mises qu'ils n'auraient pas encore réalisées.

La question devient plus embarrassante lorsqu'il s'agit d'appliquer ces principes aux associations en participation. Nous avons vu n. 1045, qu'en elles-mêmes ces associations différaient peu par leurs conditions et leurs effets, des sociétés en nom collectif. On peut donc en tirer la conséquence qu'une association en participation forme un être moral qui a son individualité, et son actif propre, distinct de celui de chacun des participants; que dès lors, si une opération en participation avait été faite pour le compte commun de plusieurs personnes, quoique sous le nom d'une seule, les créanciers particuliers de cette dernière ne pouvaient faire comprendre dans la fortune individuelle de leur débiteur, les valeurs dont cette opération était composée; qu'ils n'ont de droits que sur ce qui, après la liquidation, reviendra à leur débiteur, et nullement sur ce qui, dans la même opération, appartient aux autres intéressés.

On objecte que ces principes, incontestables lorsqu'il s'agit de sociétés en nom collectif, et à bien plus forte raison, de société en commandite ou anonymes, se justifient en même temps que l'application en devient faciles, par le fait que les actes rédigés et rendus publics, l'emploi d'une signature sociale, la notoriété d'existence de ces sociétés, permettent de distinguer l'actif social de la fortune particulière et extrasocial de chaque associé; qu'il n'en est et ne peut en être ainsi dans une association en participation, représentée seulement vis-à-vis des tiers par la personne avec qui ils ont traité; que rien ne peut apprendre à ces tiers si cette personne faisait

une affaire propre et individuelle, ou une affaire dans un intérêt de participation avec d'autres ; que dès lors et à l'égard des tiers, la propriété entière et absolue des choses formant l'objet d'une participation, est légalement réputée résider dans la personne à qui le titre d'acquisition l'attribue. La jurisprudence paraît fixée dans ce sens. Mais il faut restreindre le principe qui en résulte, à la situation des tiers, à l'égard des prétendants droits dans une participation. Quant à ce qui concerne les participants entre eux, ou si l'un a fait faillite, les rapports de la masse de cette faillite avec d'autres participants non faillis, nous ne voyons aucune raison solide pour s'écarter des principes expliqués n. 1066. La foi des contrats doit être respectée : un participant n'a pas de droits à exercer dans la participation, jusqu'à ce qu'elle soit liquidée : s'il se trouve ou avoir payé seul les choses destinées à former la participation, ou être tenu de les payer par l'effet de la garantie qu'il a promise aux vendeurs, il a incontestablement le droit de se rembourser, sur ces choses, de tout ce qu'il a avancé, ou de ce qu'il est obligé de payer : et c'est seulement le net de la participation liquidée qui peut revenir à *tel* autre participant ou à sa faillite dans la proportion de son intérêt.

1089, 2° Les droits des créanciers contre les associés individuellement sont plus ou moins étendus, suivant les règles que nous avons données dans le titre second ; ils subsistent après la mort de chaque associé, contre ses héritiers ; mais lorsque ceux-ci ne sont poursuivis qu'en cette seule qualité, la dette de leur auteur se divise entre eux.

Par exemple : deux personnes sont en société. Il est dû à un tiers 20,000 fr. Ce tiers peut demander cette somme en entier à celui des associés vivants qu'il veut choisir. Si l'un d'eux vient à mourir avant que l'obligation ait été acquittée, sa succession peut bien être, en vertu de la solidarité, poursuivie pour payer la totalité des 20,000 fr. ; mais s'il a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux ne doit personnellement, dans cette même somme, qu'une part virile, c'est-à-dire un

quart, un cinquième, selon qu'ils sont quatre ou cinq héritiers.

Lorsque les créanciers d'une société dissoute veulent poursuivre un associé ou ses héritiers, il est encore nécessaire de distinguer quelle était l'espèce de société qui donne lieu a cette action.

On a vu, no. 1034 et 1043, dans quelles circonstances les créanciers pouvaient former des demandes contre les commanditaires ou contre les actionnaires d'une société anonyme. Ce n'est pas précisément *telle* ou *telle* dette qui leur est demandée : c'est le versement, le complément ou le rapport des sommes dont ils sont redevables à la société, ou qu'ils en ont tirées. La demande est donc personnelle ; elle doit être faite au domicile de chaque défendeur. Il n'y a pas nécessité que le créancier demandeur ait fait liquider sa créance par un jugement rendu contre les anciens gérants ou les liquidateurs ; il suffit que ce demandeur prouve sa qualité de créancier, et par conséquent son intérêt à faire compléter par des payements ou des rapports la masse social qui est son gage. En effet, les commanditaires, bien entendu lorsqu'ils n'ont point dérogé à leur qualité, et les actionnaires, ne sont pas personnellement débiteurs de chacune des dettes sociales, comme le sont des associés en nom collectif ; ils sont tenus seulement, envers les créanciers, de justifier qu'ils ont versé dans la caisse sociale leurs mises, ou de les verser s'ils ne l'ont pas fait, et de réintégrer les sommes qu'ils en auraient tirées au préjudice de ces créanciers.

Il n'en est pas ainsi dans les sociétés en nom collectif, Chaque associé, soit par sa propre signature, soit par la signature d'un autre associé qui a obligé la société, est devenu débiteur individuel de toutes les dettes sociales. Chaque créancier a le droit de le poursuivre en vertu de la solidarité, d'après les principes expliqués n. 182. Cependant, il y a lieu encore à suivre quelques-unes des règles proposées n. 796 et 1026. Sans doute le créancier porteur d'une condamnation entre les gérants et les liquidateurs, a un titre contre

chaque associé, que celui-ci n'est plus admissible à contester. Mais si une personne, se prétendant créancière d'une société dissoute et encore en liquidation, actionnait un des associés pour être payé d'une créance non liquide, et susceptible d'être l'objet de comptes ou de débats, le défendeur qui n'aurait pas, il est vrai, le droit de soutenir l'action non recevable, serait certainement fondé à demander préalablement la mise en cause des liquidateurs, afin de connaître, d'après les renseignements dont ils sont nécessairement dépositaires, si ou non il y a quelques exceptions à opposer à la demande. Voilà du moins ce que la raison et l'équité semblent prescrire, jusqu'à ce que la législation, perfectionnant le système des liquidations sociales, ait tracé une marche sûre et dégagée des inconvénients auxquels donne lieu son silence.

Quant aux créanciers d'une association en participation, il y a moins d'incertitude, ou plutôt il ne peut y en avoir aucune. Si d'après les principes expliqués n. 1049, un créancier n'exerce contre le participant qu'une action indirecte, résultant de ses droits contre celui avec qui il a contracté, il faut bien qu'avant tout il ait obtenu une condamnation contre ce dernier ; lors même que dans quelques circonstances il peut avoir une action directe, il faut bien encore qu'il appelle ensemble et celui avec qui il a traité et le participant qu'il prétend avoir été engagé par ce dernier.

1900. La dissolution de la société aux termes du contrat, ou par l'acte volontaire des associés, ou par le laps de temps, ou par le décès ou la retraite d'un associé, n'affecte pas les droits des tiers qui contractent subséquemment avec quelqu'un des asso-

1900. The dissolution of a partnership by the terms of the contract, or the voluntary act of the partners, or by the expiration of time, or by the death or retirement otherwise of a partner; does not affect the rights of third persons dealing afterwards

ciés pour le compte de la société, excepté dans les cas suivants :

1. Lorsqu'avis en est donné conformément à la loi ou aux usages du commerce ;

2. Lorsque la société est limitée à une entreprise ou aventure particulière qui est terminée avant que l'opération ait lieu ;

3. Lorsque l'opération n'est pas dans le cours ordinaire des affaires de la société ;

4. Lorsque l'opération est de mauvaise foi, illégale ou autrement entachée de nullité ;

5. Lorsque celui qu'on veut tenir responsable est un asssocié en participation ou inconnu, à qui on n'a pas entendu faire crédit et qui s'est retiré avant que l'opération eût lieu.

with any of the partners on account of the partnership firm ; except in the cases following :

1. When notice is given as required by law or the usage of trade ;

2. When the partnership is limited to a particular enterprise or adventure which is terminated before the transaction takes place ;

3. When the transaction is not within the usual course of dealing and business of the partnership ;

4. When the transaction is in bad faith or illegal, or otherwise void ;

5. When the partner sought to be charged is a dormant or unknown partner, to whom no credit is actually given, and who has retired before the transaction takes place.

---

* 4 *Pothier* (*Bugnet*), *Société*, *n°* 157. } Par la même raison, quoique les associés qui, durant la société, avaient le pouvoir, chacun l'un pour l'autre, de régir les affaires de la société, et de recevoir des débiteurs tout ce qui était dû, n'aient plus ce pouvoir depuis la dissolution de

la société ; néanmoins le paiement qu'un débiteur de la société aurait fait à l'un des ci-devant associés de tout ce qu'il devait, quoique fait depuis la dissolution de la société, sera valable, s'il l'ignorait de bonne foi.

Par la même raison, si des marchands ou artisans qui avaient coutume de faire des fournitures à la société, ont de bonne foi depuis la dissolution de la société, qu'ils ignoraient, continué de faire ces fournitures à l'un des ci-devant associés pour le compte de la société, tous les ci-devant associés ou leurs héritiers en sont tenus.

Les débiteurs qui ont payé, et les marchands ou artisans qui ont fait des fournitures depuis la dissolution de la société, peuvent être censés l'avoir ignoré de bonne foi, lorsqu'ils ont payé ce qu'ils devaient, ou fait les fournitures avant l'expiation du temps limité pour la durée de la société ; ils étaient dans l'ignorance *putà*, de la mort de l'un des associés, qui n'était pas encore connue dans le lieu où ils ont payé ou fait les fournitures ; ou ils ignoraient la renonciation faite à la société par l'un des associés ; cette renonciation ne leur avait point été signifiée, elle n'avait pas été rendue publique.

Mais lorsque les débiteurs ou les marchands et artisans ont fait les fournitures après l'expiration du temps pour lequel la société avait été contractée, ils ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils en ignoraient la dissolution ; car ceux qui ont des affaires avec des personnes qui sont en société, doivent s'informer de la teneur de la société. C'est l'avis de Gomez, *Resolutionum*, t. 2, tit. 5, n° 5.

---

* *Troplong*, *Société*, *n°* 903 *et s.*, *et n°* 910 *en partie.* } 903. Il reste à nous occuper de la dissolution pour cause de décès par rapport aux tiers.

Ici encore nous retrouvons l'ignorance et la bonne foi venant au secours de ceux-ci, et les sauvant de ce qu'une trop brusque solution de continuité aurait de préjudiciable pour

eux (1). On ne leur a pas fait connaître la crise dont la société a été affectée (2), et ils ont eu juste sujet de croire qu'elle conservait son organisation intacte ; par suite de cette erreur de fait, ils ont livré des fonds, fait des payements, des fournitures, etc. : tous ces actes engagent les ci-devant associés (3).

Ils engagent aussi les héritiers du défunt (4).

Ecoutons Straccha (5), dont je traduis les paroles :

" Quand la société a été faite avec un terme, par exemple pour cinq ans, si ce temps est expiré, les contrats passés avec les tiers n'engagent pas la société, quand même les contractants auraient ignoré la dissolution. C'était à eux à se faire représenter le contrat et à se mettre au courant de la position de celui avec qui ils ont traité. *Mais il en serait tout autrement si la société était pure et simple, et qu'elle fût dissoute* (6). Paul de Castro (7), consulté sur ce point, nous apprend qu'il fonda sa réponse sur cette distinction, et qu'il eut l'approbation des jurisconsultes les plus éminents (8)."

Ces principes ont paru si graves à la cour royale de Dijon, que, sur la demande d'un créancier dont le titre était postérieur au décès de l'un des associés, elle a déclaré en faillite la société dont cet associé avait fait partie, quoique les causes de déconfiture ne fussent ni antérieures à ce même décès, ni même contemporaines de cet événement.

Bailly et Robert étaient associés pour l'exploitation d'une forge.

(1) Voy. *Suprà*. n. 901.

(2) Art. 46 du code de commerce.

(3) Pothier n. 157.

(4) *Ibid.*

(5) *De contract. mercator.*, n. 13 et 14.

(6) Contra vero ait si simpliciter, et absque temporis præfinitione, coita societas fuisset, et soluta fuisset.

(7) Sur la loi 1, § Non autem, n. 3 D. *de exercit. act.*

(8) Valentissimos viros ejus responsum probasse, dit Straccha.

Le 25 janvier 1837, décès de Robert laissant des enfants mineurs. Depuis plusieurs années, mais après la mort de Robert, la maison Coste de Châlons avait ouvert un crédit à l'établissement qui, à ce qu'il paraît, avait conservé la même raison sociale. Son découvert était de 8,000 fr.; ces fonds avaient été employés, aux besoins de l'usine.

13 août, 1839, jugement qui, sur la demande de la maison Coste, déclare la faillite de la société *Bailly et Robert*.

Appel devant la cour de Dijon, et là, question de savoir si on a pu déclarer la faillite d'une société déjà dissoute par le décès d'une des parties ; surtout lorsqu'à l'époque de ce décès elle n'était pas au-dessous de ses affaires, et que le créancier qui poursuit la faillite n'a que des titres postérieurs à la dissolution.

Arrêt de la cour de Dijon, du 14 décembre 1839, qui maintient la déclaration de faillite, parce que le décès, comme toutes les autres causes de dissolution, doit être rendu public par les voies légales (article 46 du code de commerce) ; que la maison Coste l'a ignoré de bonne foi.

Cet arrêt a été dénoncé à la chambre des requêtes, qui, par arrêt du 11 mai 1841, a prononcé l'admission du pourvoi, au rapport de Duplan.

Voici ce qu'on disait, tant pour soutenir l'arrêt que pour l'attaquer :

L'article 46 du code de commerce dit : " *Tout changement* " *ou retraite d'associé, tout changement à la raison sociale*, doivent être rendus publics.".

Faut-il conclure de là que le décès de l'un des associés (qui certes doit être un changement *à la raison sociale*, ou au moins *une retraite*) n'opère la dissolution à l'égard du mort qu'autant qu'il aura été publié comme les actes de société en général ?

Si cela doit se faire, cela ne s'est pas fait.

Mais ne peut-on pas ajouter contre l'arrêt :

1. Les actes de l'état civil qui constatent le décès sont des actes publics.

2. Le but unique de l'article 46 est de prévenir la fraude que des associés pourraient pratiquer à l'égard des tiers par des changements clandestins aux conventions sociales. Or, il n'y a pas lieu de prêter des intentions de fraude dans le cas où la dissolution de la société arrive forcément par le décès de l'un d'eux.

3. Il n'est pas exact de dire que toutes les dissolutions de société sont soumises à la rigueur de la publication.

La société, dit Pardessus, n. 1052, finit *de plein droit* : par l'arrivée du temps stipulé ; par la consommation de l'affaire... par la mort naturelle et civile de l'un des associés... Vous l'entendez, *de plein droit !*

4. La dissolution par le décès est tellement de plein droit, que les héritiers du défunt ne peuvent participer aux bénéfices des opérations faites postérieurement au décès (article 1868 du code civil).

5. Puis, voyez la conséquence de l'arrêt attaqué. L'associé décédé ne laisse que des *enfants mineurs*. Les mineurs sont, d'après la loi, incapables de faire le commerce ; et cependant ils se trouveraient à leur insu, malgré eux, dans une société commerciale ! S'il y a eu fraude, elle ne saurait leur être imputée, puisqu'elle n'est ni le fait de leur père, ni le leur : et l'on voudrait leur en faire supporter la responsabilité !

6. Enfin, d'après l'article 437 du code de commerce, pour pouvoir déclarer la faillite d'une personne décédée, il faut que cette personne soit morte insolvable ; de plus, la déclaration de faillite ne peut être prononcée que dans l'année qui suivra le décès. Ici Robert est mort *in bonis*. Il a été déclaré en faillite plus d'un an après son décès.

Telles étaient les six raisons capitales sur lesquelles on fondait la critique de l'arrêt.

Depuis, et le 18 janvier 1843, la même question s'est représentée, au rapport de Hardouin.

Tilorier père avait établi à Voizon une maison de commerce, sous la raison sociale *Joseph Tilorier père et fils et*

comp. Il avait pour associés Joseph-François Tilorier son fils, et Martin son gendre.

Tilorier père était mort en 1819, et (chose extraordinaire) cet événement n'avait apporté aucun changement à la raison sociale. La maison continua à être exploitée par le fils et par le gendre.

En 1830, Joseph-Francois Tilorier mourut, laissant deux enfants mineurs sous le tutelle de leur mère.

Ni l'associé survivant, ni la mère tutrice, ne publièrent la dissolution de la société, aux termes de l'article 46 du code de commerce.

Il paraîtrait toutefois résulter du point de fait de l'arrêt, que les créanciers rapprochés de leur débiteur, ayant avec lui des rapports fréquents, n'avaient pas ignoré son décès. Ce qui le prouverait encore, c'est que les immeubles dépendants de sa succession furent adjugés après publication et affiches, dans la forme prescrite pour les successions bénéficiaires. Enfin, Martin, associé survivant, prit la qualité de liquidateur avec la veuve. Mais (ce qui doit être soigneusement remarqué) il continua à tenir les écritures sous l'ancienne raison sociale, et donna à son commerce une grande extension.

Cet état se prolongea longtemps. En 1841, il déposa son bitan et celui de la société *Joseph Tilorier père et fils et comp.*

Un jugement du tribunal de commerce de Grenoble, du 6 mars 1841, déclara cette société en faillite.

La veuve et les enfants Tilorier firent opposition à cette décision, attendu que la société avait été dissoute en 1830 par le décès de Tilorier ; mais ils succombèrent, et la cour royale de Grenoble, par arrêt du 27 juillet 1841, maintint, sur leur appel et sur celui des créanciers personels de Martin, la société en état de faillite à l'égard des tiers.

L'intérêt de la cause concernait plus particulièrement les créanciers personnels de Martin. Et voici comment. S'il était jugé que la société avait continué, les créanciers de cette société, ayant une action solidaire contre chacun des associés, épuisaient tout l'actif de feu Tilorier, au préjudice

de Martin, qui avait 200,000 fr. à recouvrer contre la dite société, et par conséquent au préjudice des créanciers personnels de Martin.

Si, au contraire, la société avait été dissoute, les créanciers de la société, ayant laissé écouler les cinq ans dont parle l'article 46 du code de commerce, n'avaient d'action que contre Martin considéré comme liquidateur. Ils se trouvaient sur la même ligne que les créanciers personnels de Martin, en ce qui concerne l'actif de la succession bénéficiaire Tilorier.

Les créanciers personnels de Martin se sont donc pourvus seuls en cassation.

Ils ont argumenté de l'article 1861 du code civil.

Ils ont écarté l'article 46 du code de commerce, en disant que cette article avait voulu prévenir les inconvénients des dissolutions frauduleuses, et que la dissolution par décès était toujours exempte de ce vice. Comment croire, d'ailleurs, que le législateur ait voulu punir des héritiers, et surtout des héritiers mineurs, d'une faute qui n'est pas la leur ?

D'ailleurs, le décès d'un négociant comporte toujours une certaine publicité.

On invoqua un arrêt de la cour de Bourges du 30 janvier 1830 (1). On ajouta cette considération : Les héritiers mineurs n'auraient pu contracter, par eux-mêmes ou par leur tuteur, une société. Comment donc le tuteur pourrait-il opérer une continuation de société ? Les intérêts des mineurs peuvent-ils être ainsi laissés à l'arbitraire des tuteurs ?

On argumentait ensuite de l'opinion de quelques auteurs, qui vont même jusqu'à soutenir que, nonobstant toute stipulation, la société ne peut continuer avec les héritiers mineurs (2).

Enfin on insistait sur l'article 437 du code de commerce.

(1) Dalloz, XXX, 2, 134. Je le cite au numéro suivant, et je montre dans quelles circontances il a été rendu.

(2) Duvergier, n. 532. Mais l'on verra *infrà*, n. 954, que cette opinion ne doit pas être suivie.

Après avoir entendu ces raisons, la chambre de requêtes de la cour de cassation prononça l'admission. Ainsi la chambre civile est doublement saisie de la question. Confions-nous dans ses lumières pour la décision à intervenir.

Quant à présent cependant, je veux faire remarquer que l'admission prononcée par la chambre des requêtes, ne doit pas être tout à fait expliquée par une adhésion de la cour à tous les moyens de droit des deux pourvois, mais que le point de fait exerça une grande influence. Pour mon compte, je dois le déclarer, ce qui me frappa surtout, c'est que, d'après certaines circonstances contenues dans les qualités, les tiers avaient eu une connaissance positive de la dissolution. Or, comme on le verra au numéro suivant, cette connaissance, telle quelle, suffit pour empêcher la continuation de la société, et il n'est pas absolument nécessaire que la dissolution soit publiée conformément à l'article 46 du code de commerce. J'ajoute que d'autres points de fait venaient se joindre à celui-là pour empêcher qu'à mes yeux la question se présentât aussi nette et aussi dégagée que les pourvois le supposaient : c'est pourquoi je me réunis, sans répugnance et sans difficulté, à l'opinion qui jugea qu'un débat contradictoire, devant la chambre civile, était indispensable.

Mais, ici, je dois me placer hors de ces entraves particulières, et examiner, abstraction faite de tout conflit sur la position relative des parties, une pure thèse de droit ; je laisse donc à l'écart tout ce que les espèces ont de moyens puissants pour faire changer la physionomie d'un point de droit ; car je n'ai parlé des deux cas jugés à Dijon et à Grenoble, que pour mieux fixer les esprits sur la grande importance pratique de la doctrine enseignée par Straccha et par Pothier. Je suppose, en conséquence, que le tiers a positivement ignoré la dissolution ; que, suivant la confiance de la raison sociale employée pour capter son crédit, il a été de bonne foi ; alors on ne peut s'empêcher de reconnaître, qu'en pur droit, les objections présentées contre les arrêts de Dijon et de Grenoble n'ont plus la même solidité.

Un premier point domine : c'est l'ignorance de la dissolution de la société qui fait vivre cette société à l'égard de ceux qui ont eu la croyance raisonnable de son existence. Nous avons vu, au numéro 901, la preuve incontestée de cette vérité entre associés : *Valet societas*, disait le jurisconsulte Paul pour ce qui les concerne ; la société est censée durer malgré le décès, en vertu d'une fiction empruntée à la théorie du mandat. Par la même raison, elle doit aussi se continuer fictivement, à l'égard des tiers qui ont contracté avec elle dans l'ignorance de la dissolution. Il n'est pas possible de trouver un motif de différence entre ces deux situations ; les raisons de conformité sont au contraire nombreuses et palpables.

D'abord, on pourrait se demander pourquoi l'héritier du défunt est tenu de tous les actes, que le coassocié a faits après le décès ignoré de lui, et pourquoi il ne serait pas tenu à l'égard des tiers placés dans la même ignorance. Est-ce que cette ignorance ne doit pas être, dans les deux cas, une même sauvegarde ?

Mais ce qui tranche tout, c'est la comparaison que Paul faisait tout à l'heure entre le mandat et la société (1) : " Tunc " eadem distinctione utimur quâ in mandato." Suivons, en effet, cette comparaison jusqu'au bout : nous y sommes impérieusement forcés, non pas seulement parce que Paul nous le conseille, mais parce que la matière nous le commande.

Car les associés en nom collectif sont mandataires les uns des autres pour tout ce qui tient au commerce entrepris ; et quant aux sociétés civiles, outre que les associés sont censés avoir un mandat tacite pour certains actes dont nous avons parlé au n. 1859, il arrive si souvent d'y trouver un gérant institué, que l'on peut dire que la société est, pour ainsi dire, inséparable du mandat. D'ailleurs, quand nous supposons que des tiers ont été mis en jeu, et qu'ils viennent exercer un recours contre la société, nous sous-entendons nécessaire-

(1) *Suprà*, n. 901.

ment que l'associé avec qui ils ont traité, *nomine sociali*, avait pouvoir d'obliger la société. Nous sommes donc ramenés d'une manière inévitable aux principes du mandat, et Paul a mis le doigt sur la vraie raison de décider.

Or, que nous disent ces principes ? Que lorsqu'un mandataire, quoique connaissant le décès, a cependant traité avec des tiers qui l'ignoraient, ceux-ci ont une action contre les héritiers du mandant (1) ; car, dans tous les cas où le mandat est dissous, " les engagements du mandataire, dit l'article " 2009, sont exécutés à l'égard des tiers de bonne foi (2)." La raison en est simple et tranchante : le mandant doit s'imputer d'avoir choisi un mandataire infidèle. Il est responsable envers les tiers, de la confiance que ceux-ci ont accordée, sur sa recommandation, à un homme qui ne la méritait pas. Ses héritiers, qui le représentent, doivent donc ratifier ce qui s'est fait ; autrement, la bonne foi serait trompée, et il n'y aurait aucune sûreté à traiter avec un mandataire.

Et cette responsabilité des héritiers, ce n'est pas seulement dans le cas où ils sont majeurs qu'elles vient les atteindre ; c'est encore dans le cas où ils sont mineurs. Ici, le crédit l'emporte sur la faveur de la pupillarité. Les mineurs avaient, en effet, un tuteur qui pouvait empêcher l'action du mandataire ; les tiers au contraire, avaient une juste cause d'ignorance, qui ne leur permettait pas de s'en défier.

Ecoutons au surplus, les lois romaines qui, comme on le sait, donnèrent tant de protection à la cause pupillaire. Voyons-les placer la bonne foi et le crédit au-dessus de la minorité : " Si impubes, disait Paul, patri habenti institores, " hæres exstiterit, deindè cum his contractum fuerit, dicen- " dum est in pupillum dari actionen *propter utilitatem pro-* " *miscui usus* (3)."

(1) Art. 2005, 2008, surtout 2009 du code civil.

(2) Zachariæ, t. III, p. 135, 136 ; Delamarre et Lepoitevin, *Traité du contrat de commission*, t. II, n. 445, *in fine*.

(3) Voici le comm. de Favre sur cette loi : " Sed tamen non usquè " adeo favendum pupillo est, ut non potior esse debeat causa ipsius reipu-

Même décision dans Ulpien : " Sed si pupillus hæres exs-
" titerit ei qui præposuerat, *æquissimum erit pupillum teneri*
" *quandiù præpositus manet.* Removendus enim fuit a tuto-
" ribus, si nollent operâ ejus uti (1)."

Telles sont les règles par lesquelles les Romains donnaient protection à leur commerce. Nous ne sommes pas moins accessibles que ce peuple à ces grandes raisons d'utilité publique et de loyauté. L'art. 2009 de notre code civil en est la preuve. Dans tous les affaires civiles ou commerciales, nous voulons qu'il y ait sûreté dans les transactions, respect pour la bonne foi.

Il faut donc dire avec Paul : *Valet societas.* C'est sans doute une fiction ; mais une fiction produit les effets de la réalité.

Partant de là, la conclusion se présente à tous les yeux.

Puisque la société est censée vivre, c'est donc elle qui a continué à agir dans le rôle qu'elle avait primitivement ; c'est elle qui a emprunté, qui a engagé sa foi. Qu'on cesse dès lors de mettre en scène ceux qui la composent, pour faire ressortir des invraisemblances, ou pour appeler sur eux l'intérêt du juge. La société est distincte, comme personne morale, des associés. Ce n'est pas Titius qui a contracté ; ce ne sont pas ses héritiers mineurs qui ont fait le commerce. C'est la société Titius, Caius et compagnie.

Si cette société vit par une fiction que la jurisprudence a toujours sanctionné, ne dites pas qu'on la déclare en faillite plus d'un an après sa dissolution et pour des causes postérieures au décès d'un de ses membres. Cette mort, cette dissolution sont des faits que la fiction veut qu'on ne prenne

" blicæ... Utilitas porro reipublicæ, maximè circa commerciorum liberta-
" tem, versatur, quam Paulus hic eleganter vocat *utilitatem promiscui*
" *usus,* cum, sine commerciorum libertate, neque augeri neque subsistere
" respublica possit. Nihil autem est quod exercendis commerciis et propa-
" gandis tantoperè prosit, *quantùm si publicè ac bonâ fide contrahen-*
" *tes sciant se certo contrahere.* (L. 24, § 1, D. *de minorib*)."

(1) L. 11, D. *de instit. act.*

pas en considération. *Valet societas* ; elle n'est pas dissoute ; elle est encore en pleine activité.

Ceci n'empêche pas que la dissolution de la société par la mort n'agisse de plein droit, ainsi que je l'ai dit au numéro 890 (1). Si, en effet, la société n'avait pas continué à agir, si elle se fût arrêtée avec le décès de Robert, elle aurait été instantanément dissoute ; on n'aurait pas fait dépendre sa fin d'une notification, d'un jugement ; le mouvement aurait cessé de plein droit, et à l'égard de tous, au moment du décès.

Mais tel n'est pas l'état des choses. La société a voulu se survivre à elle-même ; elle a cherché la confiance des tiers par l'emploi du crédit et du nom social. Les tiers de bonne foi et ignorant la vérité ne font que lui opposer la loi qu'elle s'est faite : *Valet societas*. Ils ne sont pas obligés de savoir, alors surtout que la société n'est pas de celles qu'on a dû publier, si les parties n'avaient pas stipulé que la mort ne serait pas une cause de dissolution. Ils sont, dans tous les cas, plus favorables que les associés qui, malgré la dissolution à eux bien connue, ont agi ou laissé agir sous le nom social. Ils ne doivent pas surtout être responsables de l'imprudence des associés, qui ont mal placé leur confiance dans un gérant capable d'outre-passer son mandat.

Et, dès lors, on aperçoit qu'il n'est pas aussi difficile qu'on le suppose de prêter des intentions de frauder dans le cas d'une dissolution pour cause de décès. Malgré la publicité des actes de l'état civil, dont on argumente, on ne peut cependant pas exiger que le décès d'un associé soit connu de tous les correspondants de la société, sur toutes les places de commerce où elle opérait. Or, voilà cette société qui, au lieu de signaler l'événement dont elle vient d'être frappée, le dissimule et continue à se servir du crédit social ; la voilà qui encourage et autorise l'ignorance des tiers, dont les occupations ne sont pas précisément de parcourir, tous les jours,

(1) Voy. encore le numéro suivant.

les registres de décès de toutes les villes avec lesquelles ils font des affaires. Et il n'y aurait pas là un fait qui légitime la fiction de droit, et la rend nécessaire aux yeux de la raison (1)!

Peut-être direz-vous que s'il y a fraude, du moins elle ne devrait retomber que sur le gérant, et non pas sur les associés qui n'y ont pas coopéré, et encore moins sur les héritiers du défunt, qui en sont innocents. Mais je réponds que les tiers n'ont pas à souffrir de la négligence que les co-associés et les héritiers ont mise à arrêter les opérations sociales : c'était à eux à veiller à ce que rien de nouveau ne fût entrepris. Ils devaient faire que la dissolution produisit ses effets légaux par la cessation des pouvoirs du gérant. Ils le pouvaient. Les tiers, qui ignoraient tout, ne le pouvaient pas.

Voici donc comment tout ceci doit se résumer :

Des personnes se sont associées, qui ont faits appel au crédit en lui disant : " Vous aurez confiance dans notre insti-" teur ; vous aurez confiance dans sa signature." Puis, est intervenu un événement inconnu des tiers, qui dissout cette société ; et cependant ils laissent l'instituteur agir comme si la société durait toujours ; ils souffrent que les tiers, étrangers à tout ce qui se passe entre eux, continuent à avoir dans cet instituteur la confiance qui leur a été demandée. Ils pourraient dire un mot, ils ne le disent pas. Quel est le sens de ce silence ? n'est-ce pas le cas de ce que les jurisconsultes appellent *scientia et patientia* (2), et qu'ils assimilent à une approbation formelle ? D'un autre côté, où serait la justice de rendre les tiers responsonsables d'un abus de confiance, dont les suites doivent plus logiquement retomber sur ceux qui ont mal choisi leur représentant, et sur ceux qui leur ont succédé ? Il faut donc répéter ici ces graves paroles qu'Ulpien prononçait précisément dans la matière qui nous

(1) Arg. d'un arrêt de la cour de Toulouse, du 16 janvier 1835, confirmé en cassation par arrét de la chambre civile, du 16 mai 1838 (Sirey, XXXVIII, 1, 837, 838).

(2) Favre sur la loi 11, D. *de instit act.*

occupe : *Neque enim debent decipi contrahentes* (1). Il est du devoir des Jurisconsultes de se prononcer avec les lois romaines, avec Pothier, Straccha, Paul de Castro, du côté d'une fiction réclamée par les intérêts du commerce et par la bonne foi : *Valet societas.*

904. Au surplus, je le répète, si les tiers avaient eu connaissance du décès, par des circonstances de nature à ne pas leur laisser de doute sur la dissolution de la société, cette dissolution les atteindrait ; elle les atteindrait même de plein droit.

Lors même que la société serait commerciale, ils ne seraient pas fondés à prétendre qu'ils n'ont pu se tenir pour légalement avertis, que par l'observation des formalités prescrites par l'art. 46 du code de commerce. Une connaissance quelconque de la mort est suffisante pour empêcher à leur égard la continuation fictive de la société (2). Ils n'ont plus cette bonne foi, qui rendait leur position plus favorable que celle des héritiers ; ils ne sont plus dans cette ignorance, que le crédit veut qu'on respecte parcequ'elle est sincère. La fiction disparaît, et l'on rentre dans la vérité.

910. Supposons maintenant que la dissolution soit dans le cas d'être nécessairement publiée et enregistrée, et qu'on ait encouru la nullité prévue par l'art. 46 du code de commerce. Quels en seront les effets ?

Pour répondre à cette question, il suffit de se reporter à la doctrine que nous avons exposée ci-dessus, numéro 239 et suivants. En vertu de l'art. 46 du code de commerce, elle s'applique aux dissolutions comme aux constitutions de sociétés.

Ainsi les associés pourront se prévaloir de la nullité de la

(1) L. 11, § 5, D. *de instit act.*

(2) Arg. d'un arrêt de la cour de Bourges, du 30 janvier 1830 (Dalloz, XXX, 2, 134). Il est vrai que cet arrêt est rendu dans une espèce où jamais la société n'avait été publiée, et où elle n'avait acquis d'existence que par des faits matériels.

dissolution les uns contre les autres ; rien ne pourra la couvrir. En vain l'un d'eux opposera-t-il aux autres une dissolution conventionnelle verbale, dont il demanderait à faire preuve ; il n'y serait pas reçu.

Mais les associés ne sauraient argumenter de l'omission des formalités de l'art. 46 du code civil contre les tiers qui auront intérêt à ce que la société soit dissoute.

Et toutefois les tiers dont l'intérêt sera qu'elle continue auront le droit de leur opposer la nullité pour faire tomber l'acte de dissolution non publié ni enregistré. Toutes ces solutions résultent des principes que nous avons passés en revue aux numéros 239 à 252 ; n'ous n'avons pas besoin d'y insister plus longtemps.

Nous voudrions cependant que les tiers ne fussent admis à faire écarter la dissolution, qu'autant qu'ils auraient été réellement dans l'ignorance de la rupture, et qu'ils auraient cru de bonne foi traiter avec la société ; car si la séparation des associés leur était positivement connue, s'il avait été bien entendu qu'ils ne traitaient pas avec la société, mais bien avec un de ses membres dégagé de ses liens, il y aurait de leur part une sorte de dol, qui devrait les rendre non recevables à faire rejaillir sur des étrangers des obligations qu'ils savent bien ne pas les concerner.

---

* 4 *Pardessus*, *Dr.*, *Comm.*, *n°* 1088 *et s.* } 1088, 1°. Quelle que soit la cause qui produise la dissolution d'une société, soit que cet événement ait eu lieu de plein droit, soit qu'il ait été la suite de demande intentée par un ou plusieurs associés, comme on l'a vu n. 1062, il ne change rien à leurs obligations envers les créanciers de la société. Elles subsistent telles qu'elles résultent de la qualité dans laquelle les obligés ont été membres de la société, non-seulement pour tout ce qui a été fait avant la dissolution, mais encore pour tout ce qui en serait la suite.

Bien plus, tout acte de dissolution d'une société avant le

[ARTICLE 1900.]

terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'avait établie, de changement ou de retraite d'associés, doit être rendu public, dans les formes indiquées n. 1006, pour faire connaître les actes constitutifs des sociétés. A défaut de cette publicité, la société, dans l'intérêt des tiers, est réputée avoir continué avec les mêmes personnes que celles indiquées dans l'acte social.

Voy. *Collyer*, cité sur arts. 1832 et 1892 ; *Bell* et *Kent*, cités sur art. 1897.

---

* *Story* (*Wharton*), *Partnership*, 334 *et s.* } § 334. *Effects of Dissolution in Relation to Third Persons.* The foregoing considerations apply to the effects and consequences, as between the partners themselves, of a voluntary dissolution by their own mere act or will, or in conformity to their original stipulations. Let us, then, in the next place proceed to consider the effects and consequences of such a dissolution in relation to third persons; and here the preceding statements, respecting the liabilities of partners to third persons, (1) will greatly abridge whatever might otherwise have been appropriate in this place. In the first place, the dissolution of a partnership, whether it be by the voluntary act or will of the parties, or by the retirement of a partner, or by mere efflux of time, will not in any manner change the rights of third persons as to any past contracts and transactions with or on account of the firm ; but their obligation and efficacy and validity will remain the same, and be binding upon the partnership in the same manner, as if no dissolution had taken place. (2) In the next place, such a dissolution

(1) *Ante*, §§ 126-168.

(2) Coll. on P. B. 1, c. 2, § 3, p. 75, 2d ed. ; Ault *v.* Goodrich, 4 Russ. 430 ; Gow on P, c. 5, § 2, pp. 240, 241, 3d ed.; { Mudge *v.* Treatt, 57 Ala. 1 ; Dickson *v.* Indianapolis Cotton Manuf. Co., 63 Ind. 9 ; Tournade *v.* Methfessel, 3 Hun, 144 ; Bryant *v.* Hawkins, 47 Mo. 410; Hudgins *v.* Lane, 2 Hughes, 361. The same rule applies in the case of a dissolution by war. Booker *v.* Kirkpatrick, 26 Gratt. 145 }.

will not absolve the partners from liabilities to third persons for the future transactions of any partners, acting for or on account of the firm, unless some one or more of the following circumstances occur. 1. That the third persons dealing with or on account of the firm have due notice of the dissolution; (1) or, 2. That they have had no transactions whatsoever with the firm until after the dissolution; (2) or, 3. That the partnership was not general, but limited to a particular purchase, adventure, or voyage, and terminated therewith before the transaction took place; (3) or, 4. That the new transaction is not within the scope and business of the original partnership; (4) or, 5. That it is illegal or fraudulent, or otherwise void from its defective nature or character; (5) or, 6. That the partner sought to be charged is a dormant partner, to whom no credit was actually given, and who retired before the transaction took place. (6)

§ 335. *French Law.* The same rule as to the necessity of notice is adopted in the French law; and, accordingly, Pothier says that if traders and artisans, who have been accustomed to furnish supplies to a partnership, continue in good faith, after the dissolution of the partnership, of which they are ignorant, to furnish the like supplies to one of the

(1) *Ante*, §§ 160-164; Coll. on P. B. 1, c. 2, § 2, p.74, 2d ed.; 2 Bell, Comm. B. 7, c. 2, pp. 638-640, 5th ed.; Gow on P. c. 1, p. 20; Id. ch. 5, § 2, pp. 240, 248-251, 3d ed.; Wats. on P. c. 7, pp. 384, 385, 2d ed.; National Bank *v.* Norton, 1 Hill (N. Y.), 572; [Conro *v.* Port Henry Iron Co., 12 Barb. 27].

(2) *Ante*, §§ 160, 161. But see 2 Bell, Comm. B. 7, c. 2, pp. 641, 642, 5th ed. See alsoo Parkin *v.* Carruthers, 3 Esp. 248.

(3) *Ante*, §§ 280, 321-323.

(4) *Ante*, §§ 126-128, 130.

(5) *Ante*, §§ 6, 130-132.

(6) Coll. on P. B. 1, c. 2, § 2, p. 74,, 2d ed.; Id. B. 3, c. 3, § 3, pp. 370, 371; Evans *v.* Drummond, 4 Esp. 89; Brooke *v.* Enderby, 2 Brod. & B. 70; Heath *v.* Sansom, 4 B. & Ad. 172; Gow on P. c. 4, § 2, p. 251, 3d ed.; *ante*, § 159.

partners on account of the partnership, all of the partner and their heirs will be bound therefor. (1) It is observables that Pothier puts, by implication, the very qualification which is insisted on in the preceding section; for he confines the liability to the cases of persons who had, before the dissolution, been accustomed to deal with the partnership. The same result, however, would probably arise in all cases where, notwithstanding the dissolution, the partners should still hold themselves out as partners, either expressly, or by allowing their names to stand openly as a part of the firm. (2)

§ 336. *Notice of Dissolution by Operation of Law Unnecessary.* In respect to the necessity of such a notice, the cases of a voluntary dissolution of the partnership, in any of the ways above mentioned, differ essentially from the cases of a dissolution by the death or the bankruptcy, duly declared by public proceedings, of one or more of the partners ; for, in these latter cases, no notice whatsoever in necessary to be given of the dissolution to third persons, in order to exempt their estates from all responsibility for the acts and contracts of the other partners, since the partnership is thereby dissolved by mere operation of law. (3) The reason seems to be

(1) Poth. de Soc. n 157.

(2) *Ante,* §§ 160, 161 ; Williams *v.* Keats, 2 Stark. 290; Parkin *v* Carruthers, 3 Esp. 248.

(3) Coll. on P. B. 1, c. 2, § 2, p. 74 ; Id. B. 3, c. 3, §4, p. 419, 2d ed.; Vulliamy *v.* Noble, 3 Mer. 593, 614 ; 2 Bell, Comm. B. 7, c. 2, pp. 638, 639, 5th ed. ; Gow on P. c. 5, § 2, p. 248 ; Id. c 5, § 4, p. 348, 3d ed. ; *ante,* § 162. { See Connecticut Life Ins. Co. *v.* Bowker, 1 Holmes, 263. } Perhaps, in the case of bankruptcy, the reason why notice is not positively required to be given after the declaration of the bankruptcy is its supposed notoriety, and that all the world are bound to take notice of it. Certainly there is no pretence to say that a mere secret act of bankruptcy, upon which no public proceedings have been or can now be had, will produce the life effect, unless notice be given. See Lacy *v.* Woolcott, 2 Dowl. & R. 458. See *ante,* § 313 ; 2 Bell, Comm. B. 7, c. 2, p. 641, 5th ed. ; Gow on P. c. 5, § 3, p. 306, 3d ed. ; Thomason *v.* Frere, 10 East, 418 ; Franklin *v.* Lord Brownlow, 14 Ves. 550, 557, 558 ; [*ante,* § 319 ; *post,*

that the parties are thereby either totally incapable of acting at all, or at least of binding their estates ; and it is against public policy to allow the acts of the other partners to bind any persons who are incapable either of acting at all, or of continuing any authority for such a purpose, or whose estates may otherwise be subjected to irreparable injury, or even the ruin. The same principle would probably be held to apply to other cases, creating by mere operation of law a positive incapacity ; such as the marriage of a female partner, or the attainder of a partner of felony, (1) or the dissolution of the partnership by a public war. (2).

---

* *Gow, On Partners.*, *p.* 240. } A partnership may be dissolved as between the partners themselves, and still continue legally to subsist as between them and the rest of the world. Since credit is given to the whole firm, justice requires that all those who belonged to it should be bound, while it is supposed to exist. To exempt a retiring partner from this continued responsibility, he must give *notice* that he is no longer a partner, and to such as may be considered apprized of his seccession, he will not be answerable for the subsequent acts and engagements of the remaining partners. The object of a partner, on his retirement, must therefore be, in the first place, to effect his discharge from debts and engagements existing at the time of the dissolution ; and in the second place, to guard himself

§ 343; per Bigelow, C. J., in Marlett *v.* Gackman, 3 Allen, 287, 296: " The true distinction is not that no notice is requisite when the dissolution takes place by operation of law, but only when it is effected by circumstances or an event of a public or notorius nature, of which all men in the exercise of due diligence are required to take notice "].

(1) *Ante*, §§ 303, 306.

(2) Griswold *v.* Waddington, 15 Johns. 57 ; s. c. 16 Johns. 438 ; *ante*, §§ 303, 304, 306, 315. { See also Planters' Band *v.* St. John, 1 Woods, 585, *ante*, § 315. }

against responsibility for acts or engagements to be done or entered into by his co-partners in the name of the partnership firm. In what manner this discharge from liability, both to present and future demands, is to be obtained, we will separately consider.

Notwithstanding a dissolution, the retiring as well as the remaining partners continue jointly liable to answer all *debts* or *engagements* contracted or entered into by the firm *during the existence of the partnership.* The joint creditors may proceed against all the partners ; for their agreements to dissolve cannot deprive the creditors of their right of applying for payment to those who are responsible to them. (1) It consequently becomes matter of serious importance to the retiring partner effectually to absolve himself from the existing claims upon the firm. In the absence of special agreement, it has been stated (2) that this may be done by a sale of the joint stock, and the application of its produce to the discharge of the joint demands ; and upon which any of the partners, on a dissolution, has a right to insist. But in the instance of a partial dissolution, although the interest of the retiring partner may be transferred to the other upon very various terms, and through the medium of very different stipulations, yet it most frequently happens, that in consideration of an assignment by the retiring to the continuing partner of his interest in the joint stock, the latter, as a partial recompense, assumes the liquidation of the debts, and indemnifies the retiring partner against any claims that may be made upon him in respect of them. This assumption by the continuing partner of separate responsibility can, as to the creditors of the firm, be considered only as a proposal that he is willing to become their sole debtor, and the joint creditor cannot sustain an action at law against him alone upon the mere naked effect of such an engagement. Neither

(1) *Whiting et al.* v. *Farrand et al.* 1 Conn. Rep 60. *Forest* v. *Waln et al.* 4 Yeates, 337.

(2) See *ante*, p. 234.

can such a creditor, in the event of the bankruptcy of the continuing partner, sustain a claim of proof against his separate estate, unless before the bankruptcy he accede to the proposal held out, and accept him as his separate debtor; because, however great the hardship upon the creditor may be, that the joint stock, to which he may have especially given credit, should, by the dealing of his debtors with each other, be converted into separate estate, yet the legal principal is, that it becomes so converted by the simple force of the contract, and this legal principle is too strong to be controlled in equity, by imposing the obligation of discharging the joint debts as the condition of the conversion. (1) However the covenant of the continuing partner, to pay the joint debts, where it has been recognised by the creditor, has, in many instances, as between the latter and the retiring partner, given rise to questions, as to what shall operate his discharge; but, with a few exceptions, to which we will shortly advert, the result seems to be, that nothing but actual satisfactions can be considered as working a complete and perfect exoneration. In a late case, (2) one of three partners, after a dissolution of partnership, undertook, by deed, to pay a particular partnership debt on two bills of exchange, and that was communicated to the holder, who consented to take the separate notes of one partner for the amount, but strictly reserved his right of action against all the three, and retained possession of the original bills; the separate notes having proved unproductive, it was determined that the creditor might still resort to his remedy against the other partners, and that the taking, under such circumstances, the separate notes, and even afterwards renewing them several times successively, did not amount to satisfaction of the joint debt.

(1) *Ex parte* Freeman, Buck. 471. *Ex parte* Fry, 1 Glyn & James, 96. But see Mont. Dig. of New Decis. in Bank. 2d part, p. 71; and 3d part, p. 126.

(2) Bedford *v.* Beakin, 2 B. & A. 210. S. C. 2 Stark. N. P. C. 178.

So in a case (1) still more recent, where, on a dissolution, it was agreed between two partners, that one should take upon himself to discharge a debt due to a particular creditor, who was informed of the agreement, and expressly undertook to exonerate the other partner from all responsibility ; yet, as the debt was not satisfied by the one, nor any fresh security given, it was decided by the Court of King's Bench that the promise of the creditor was without consideration, and did not constitute any defence to an action brought by him against both partners. (2) And where one of three partners retired, and notice was given to a creditor of the firm that the remaining partners had assumed the funds, and would discharge the partnership debts, the creditor assented to this agreement, and transferred the debts due from the old firm to the credit of the new firm, and afterwards drew on the new firm for a part of his balance, which was paid ; but the new firm subsequently becoming insolvent, he brought an action for the remainder against all the members of the old firm ; it was held, that the retiring partner was liable for all the debts incurred before the dissolution of the partnership. (3) In like mannor, where a firm of four partners were indebted on a dishonoured bill of exchange, and having afterwards dissolved the partnership, a new firm was formed of three of them, and the holder of the bill indorsed it over to the latter firm, in order, if possible to obtain payment of it ; and whilst the bill was in their possession, the three settled their accounts with the fourth partner, saying that the bill had been satisfied by them, but the bill ilsetf was not produced to or seen by the fourth partner, at the time of such settlement ; it was held that this was no defence to the fourth in an action by the holder against all the partners, the bill not having been in fact satisfied by the persons to whom it

(1) Lodge *v.* Dicas, 3 B. & A. 611.

(2) *Smith et al.* v. *Rogers et al.* 17 Johns. Rep. 340. See *Blew* v. *Wyatt*, 5 Car. & Payne, 397.

(3) David *v.* Ellice. 5 B. & C. 196. S. C. 7 D. & R. 690.

had been indorsed and handed over. (*a*)(1) On the same principle the Court of Exchequer has held that a person depositing money with bankers, and taking their accountable receipts, does not, by continuing to leave his money in the bank after a dissolution of the original firm, and the constitution of a new one, which consists of some of the members of the old bank and other persons, discharge the partners who have seceded, although he receives interest regularly from the new firm, gives them no notice, and continues to transact business with them in the common course, and that for a period of four years, and until they become insolvent (*b*) That a similar rule prevails in equity is strongly illustrated by a case (*c*) which was brought under the consideration of Lord *Rosslyn.* There a devisee, in trust for the testator's executrix and her children, was a member of a firm, which was indebted to the testator, at his death, both on bond and on simple contract; and, after the testator's death, the other partners or the firm, with the privity of the executrix, gave to the devisee a bond for the simple contract debt, in trust for the uses of the will; and the executrix having gone abroud, the effects of the testator were, during her absence, managed by the devisee. The firm, of which the devisee was a member, was afterwards dissolved by the secession of one of the partners, and, both the firm and the devisee being solvent, it was agreed, at a meeting of creditors, that the debts of the old firm should be secured by the bonds of the remaining members, of whom one was the devisee, and he, in consequence of such agreement, delivered

(*a*) Featherstone *v.* Hunt, 1 B. & C. 113.

(*b*) Gough *v.* Davies, 4 Price, 200. It seems that the old firm would continue liable, although the old debt was carried, with the privity of the customer, into the books of the new firm, and placed as an item in their account to the credit of the customer, *Id. Ibid.;* and see Sleech's case, 1 Meriv. 563.

(*c*) Dickenson *v.* Lockyer, 4 Ves. 36; and see Heath *v.* Percival, 1 P. Wms. 682.

(1) See *Arnold* v. *Camp*, 12 Johns. Rep. 409.

up, without any communication with the executrix, the bonds for payment of the debts due to the testator's estate, which were cancelled ; and Lord *Rosslyn*, on a bill being filed, considered that the outgoing partner was not released from his liability upon the cancelled bond. But although, as partners are jointly liable for all debts due from the firm, no arrangement between themselves can vary the right of the creditor yet that right may be destroyed by his expressly consenting to accept of the separate security of one partner, in discharge of and in satisfaction of the joint debt. Therefore, if a partnership debt is paid by a bill of exchange, which, when due, and after notice of the dissolution, is renewed by the creditor's taking the separate bill of the remaining partner, the retiring partner is discharge. (*a*) (1) And if the creditor, by his conduct in taking the separate security of one partner, induce the outgoing partner to allow the remaining partner to receive monies, which otherwise he would have prevented, it seems that the joint liability is extinguished. (*b*) The liability of a retiring partner

(*a*) Evans *v.* Drummond, 4 Esp. N. P. C. 89. See also Paterson *v.* Zachariah, 1 Stark. N. P. C. 71.

(*b*) Reed *v.* White, 5 Esp. N. P. C. 122. See Robinson *v.* Read, 9 B. & C. 449. In Heath *v.* Percival, 1 P. Wms. 682, where two partners in a Goldsmith's trade, being bound in a bond to J. S., dissolved the partnership and divided the stock, and the obligee, after the dissolution applied to the partner continuing the business, for payment of the bond, but subsequently consented to let the money remain on that partner's agreeing to pay an increased rate of interest, it was held by Lord *Macclesfield* that the changing the interest did not alter the security, as far as regarded the principal sum and the interest originally reserved ; for that the bond still continued the bond of both, and that the retiring partner, after the lapse of a great number of years, and after the other partner had become bankrupt, was liable upon the bond. In this case public notice' had been given to all the joint creditors, that they were either to receive their money, or to look upon the continuing partner as their pay-master ; but the court determined that such a notice, being *res inter alios acta*, could not be binding upon the obligee.

(1) See *Harris et al.* v. *Lindsay*, 4 Wash. C. C. Rep. 98. 271.

for a debt due from the firm at the time of his secession may likewise be destroyed, if the creditor afterwards continue his dealings with the remaining partner, and in the course of them, payments are made by the latter to the creditor, without appropriation equal to or exceeding the amount of the debt due at the dissolution. (1) In such a case, the law of *England*, borrowing the rule from the civil law, declares that, in the absence of appropriation, in the first place by the debtor, or by the creditor in the second, the payment shall be ascribed to that debt which is the most burthensome, and if all are equally burthensome, to that which is the oldest in point of time and standing. (*a*) (2) Thus where, after the retirement of a partner, the creditor joins the transactions of the old and new firm in one entire account, the payments made from time to time by the continuing partner must be applied to the old debt. (3) And, where an individual kept a banking account with an army agent, who afterwards, without the knowledge of his customer, admitted a partner for a limited period, at the expiration of which he retired; and the account being kept as between the individual and the army agent, the latter subsequently became bankrupt; it was decided that payments made by the bankrupt to his customer, after the expiration of the partnership, not

(*a*) See the elaborate judgment of Sir *W. Grant*, in Clayton's case, 1 Meriv. 604. See also Bodenham *v.* Purchas, 2 B. & A. 39. Simson *v.* Ingham. 2 B. & C. 65. Simson *v.* Cooke, 1 Bingh. 452. Although the rule is, that when money is paid generally it ought to be applied to the first items in the account, yet when there are distinct demands, one against persons in partnership, and another against one of the partners only, if the money paid be the money of the partners, the creditor is not at liberty to apply it to the payment of the debt of the individual. Thompson *v.* Brown, 1 Mood. & Malk. N. C. P. 40.

(1) As to the dealing and acts by which a retiring partner will he discharged. *Bank of Wilmington* v. *Almond et al.* 1 Whart. Rep. 169.

(2) See *Cremer* v. *Higginson et al.* 1 Mason's Rep. 324. *Sneed* v. *Wiester*, 2 Marsh. Rep. 288. *Bacon* v. *Brown*, 1 Bibb's Rep. 334.

(3) Simson *v.* Ingham, 2 B. & C. 65.

having been appropriated by either party at the time to the discharge of the any particular debt, the retiring partner, according to the principle of law regulating such payments, might consider them as having been made in reduction of the balance due at the termination of the partnership, and that he was not accountable for any sums received by his co-partner on account of his customer after the dissolution. (*a*) (1) So, in a previous case, (*b*) where the plaintiffs had dealt for a length of time with two partners, not knowing that, during a part of the time, they had a third partner, and had furnished them with goods and received payments on account generally ; and before the time when the secret tri-partnership was dissolved, goods had been furnished, to cover which, bills had been paid to the plaintiffs by the two ostensible partners, which were dishonoured after the secret dissolution of the tri-partnership, and then other goods were furnished as before ; yet as the dishonoured bills were afterwards delivered up by the plaintiffs upon the receipt of subsequent good bills, which latters were more than sufficient to cover the debts of the tri-partnership, though not to cover, in addition, the goods furnished after the dissolution of it, it was held, that such delivering up of the old dishonoured bills, upon receipt of the new good bills, was evidence of a particular appropriation of such new bills, in payment and discharge of the old debt, of which the secret third partner might avail himself in an action on the case for goods sold and delivered, brought against him jointly with the other two partners.

When the retiring partner leaves a sufficiency in the

(*a*) Brooke *v.* Enderbry, 4 B. Moore, 501. S. C. 2 Brod. & Bingh. 70.

(*b*) Newmarch *v.* Clay, 14 East, 240.

(1) *Fairchild* v. *Holly*, 10 Conn. Rep. 175. See also as to the right of a creditor and one partner to apply *partnership* funds misapplied by another member of the firm to the payment of his *individual* debt due to the same creditor, to the payment of the debt due by the firm, *Campbell* v. *Matthews*, 6 Wend. Rep. 557.

hands of the remaining partner to discharge the joint demands, and has sufficient confidence in him to trust to his making the intended application of it, he generally takes care to provide himself with an express indemnity against claims that may, under any contingency, be made upon him. Such an indemnity is usually given in the shape of a covenant contained in the deed of dissolution, whereby the one partner, in consideration of his being allowed to receive all the partnership credits, covenants expressly to pay all the partnership debts, and for the violation of which engagement the law has furnished the covenantee with a remedy by action upon the covenant. (1) An express covenant is,

(1) Where one of three co-partners took an assignment of the stock and credits of the co-partnership, and contracted to pay all debts due from the co-partnership, it was held, that he was liable for a debt due from the co-partnership to one of the other co-partners. *Hobart* v. *Howard*, 9 Mass. Rep. 304. In *Pennsylvania*, where a bond with surety was given upon the dissolution of a partnership, by one partner, (who received all the funds, and assumed the payment of all the debts and engagements of the firm,) to the other, conditioned well and faithfully to pay all the partnership debts within twelve months, it was held, that such bond might be assigned to trustees for the benefit of the creditors of the firm, and might be well sued, in the name of the partner to whom it was given, for such use. *Keer* v. *Hawthore et al.* 4 Yeates, 170. See *Waddington* v. *Vredenbergh*, 2 Johns. Ca. 227. The following decision took place in *Tennessee*. A. and B. were merchants and partners in trade in the state of *Maryland*, and there agreed to dissolve partnership, and upon the dissolution B. was to have all the debts and effects belonging to the firm, and he engaged to indemnify A. against the debts due from it, and to pay him a certain sum. A., subsequent to the dissolution, died. B. entered into partnership with C. and in the course of their business, debt became due to them in *Tennessee*, after which the firm of B. & C. became insolvent, the debts due from the firm of A. & B. being unpaid. On a bill by the representatives of A. stating the foregoing facts, and that they were apprehensive of being subjected to the payment of the debts due from the firm of A. and B. the debtors of B. and C. in *Tennessee* were enjoined from paying them a moiety of the debts, being B.'s proportion thereof. *Davis' Ex.* v. *Tullon*, 1 Overt. Rep. 121.

under such circumstances, the most advisable to procure, since being positive in its nature it leaves no room for subsequent altercation or dispute; but where, from the whole of the deed taken together, or from any form of expression in any part of it, an intention is apparent that the party should be bound, a covenant may be implied; and therefore if a court, looking at the whole of the instrument, finds from its language that it contains a clear agreement to do any act, whether in the way of covenant, provision, or even exception, then though it be not technically couched in the form of a covenant, it is clear that an action of covenant may be maintained. (*a*). Thus, in a late case, (*b*) it appeared that by indenture between A of the first part, B of the second part, and C of the third part, it was agreed that A should retire from business, and B and C become partners; that the capital employed should be 36,000*l*., 24,000*l*. of which A should advance for B, and the remaining 12,000*l*. was to be advanced by C. The deed then proceeded, " And whereas an account of all the debts and credits of A in his business of general merchant has been this day taken, and the balance in his favour amounts to 38,033*l*.; and *whereas it has been agreed by and between* A, B, *and* C, *that the whole of the said debts and credits of* A *shall be received and paid by* B *and* C, and that the balance of 38,033*l*. shall be accounted for and paid by them in manner hereinafter mentioned; and that for the better enabling them to call in, collect, and receive such credits, A, by an indenture of assignment bearing even date with these presents, hath assigned the same to B and C: Now this indenture further witnesseth that it is agreed that in consideration of 12,000*l*. paid to A by C as his share of the capital, and for raising 24,000*l*. the proportion of A of the capital, the sum of 36,000*l*. part of the 38,033*l*. shall be retained and kept by B and C as their capital and joint stock,

(*a*) Stevenson's case, 1 Leon. 324. Hollis *v*. Carr, 2 Mod. 87.

(*b*) Saltoun *v*. Houstoun, 1 Bingh. 433.

and shall belong to them in the following proportions : *viz* 24,000*l.* thereof to B, and 12,000*l.* thereof to C, and the remaining 2,033*l.* shall be paid to A by instalments at six, twelve, and eighteen months ; and in case any of the debts assigned shall prove bad, the loss shall be borne by B and C." It was held that this deed contained that which amounted to a covenant by B and C to pay the debts due from A in his business at the date of the indenture. And where a partner had seceded from a partnership under an express indemnity against any claims in respect of the partnership, and had afterwards, by the sentence of a foreign court, been compelled to pay a sum of money for customs imposed by the revenue laws of the country, the Court of Chancery ordered the money to be repaid to him, and would not investigate the merits of the original claim, on the ground that a foreign judgment is not examinable by an English court. (*a*) (1) So where the defendant entered into a covenant to indemnify the plaintiff from all debts due from a late partnership subsisting between the plaintiff, the defendant, and a third person, and from all suits on account of non-payment, it was determined that proof on the part of the plaintiff, that proceedings had been instituted in a foreign court against the late partners, for the recovery of a partnership debt, and that a decree passed against them for want of an answer (in consequence of which a sequestration issued against the estate of the plaintiff, and he was obliged to pay the debt) was conclusive evidence in an action on the covenant against the defendant, who was a party to the

(*a*) Gold *v.* Canham, Lord *Nottingham's* MS. 2 Swanst. 325. S. C. 1 Ca. in Cha. 311.

(1) A partner having withdrawn from a mercantile company, and being afterwards erroneously included in a suit against a new company formed by the other partners, may be relieved in equity against a judgment therein obtained, upon the ground that one of the company prevented his making defence at law, by assuring him the matter should be adjusted. *Lee* v. *Baird et al.* 4 Hen. & Munf. 453.

foreign suit, and who, having notice, ought to have appeared and made his defence, and that the defendant was not at liberty to show that the procedings were erroneous. (*a*) But as the object of a covenant of indemnity can only be that of protecting the partner, in whose favour it is made, from demands substantiated to be just, it follows that, to sustain an action for a breach of such a covenant, it must be shown, that the demand, in respect of which the breach is alleged to have been committed, was a debt actually contracted either during the partnership, or subsequently to its dissolution. Thus where, on the dissolution of a partnership between A and B, A covenanted to leave a sum of money in a banker's hands until a stated period as a security against payment of any demands which might be made upon him in respect of debts contracted by B on the credit of the partnership, which sum was after the stipulated time to be paid over to B, subject to such claims as might have been made. B having commenced an action against A on his covenant, assigning as a breach, that although no demand had been made upon him he had prevented B from receiving the money, the Court of Common Pleas held that it was not sufficient for A in his plea to allege that a demand had been made upon him in respect of a debt, *as being* a debt contracted by B, without showing that the debt was actually so contracted. (*b*)

The next consideration for an outgoing partner upon a dissolution of the partnership, is to protect himself against liability for *future debts* to be contracted by the house. To create a legal obligation, as partner, it is not necessary in fact, or in law, that the partnership should be still continuing. The legal obligation may arise from the acts of the party at one time, and his forbearance at another time. (*c*) If a part-

(*a*) Tarleton *v.* Tarleton, 4 Mau. & Selw. 21. Molony *v.* Gibbons, 2 Campb. 502.

(*b*) Want *v.* Reece, 1 Bingh. 18. S. C. 7 B. Moore, 244.

(*c*) *Per Abbott*, C. J., Goode *v.* Harrison, 5 B. & A. 157.

ner, on his retirement from a partnership, neglect to notify its dissolution to the world, he is guilty of a delusion and as he thereby induces strangers to believe that the partnership is continuing, he must abide by the consequences resulting solely from his own negligent imprudence. (*a*) It has therefore been held that a firm may be bound after the dissolution of a partnership by a contract made by one partner, in the name of the firm, with a person who contracted on the faith of the partnership, and had not notice of the dissolution. (*b*) (1) And the principle upon which the responsibility of the retiring partner proceeds, being his negligent conduct in forbearing to give notice, and the consequent ignorance of the world of the fact of a dissolution having taken place, he will be liable for the engagements of the other partners, entered into in the name of the firm, even with a party whose dealings began subsequently to the dissolution of the partnership. (*c*) (2) It may be inferred from what has been stated, that, to exempt the outgoing partner from future

(*a*) Where a partnership is terminated by the death of one of its members, it seems that notice of that event is not necessary to protect the estate of the deceased from future liability. Vulliamy *v.* Noble, 3 Meriv. 619. And the liability of a partner, who notoriously withdraws his name from a firm, is not continued by the circumstance that the deed by which he has professed to assign his share is void for a technical informality. McIver *v.* Humble, 16 East, 174.

(*b*) Godfrey *v.* Turnbull, 1 Esp. N. P. C. 371. Osborn *v.* Harper, 5 East, 225. Goode *v.* Harrison, *supra.* In Fox *v.* Hanbury, Cowp. 445., Lord *Mansfield* said, " If partner dissolve their partnership, they who deal with either, without notice of such dissolution, have a right against both."

(*c*) Parkin *v.* Carruthers, 3 Esp. N. P. C. 248.

(1) *Price & Co.* v. *Towsey*, 3 Littell's Rep. 423. *Ketcham et al.* v. *Clarke*, 6 John. Rep. 144. *Thommon* v. *Kalbach*, 12 Serg. & Rawle, 238. *Le Roy et al.* v. *Johnson*, 2 Peters' Sup. C. Rep. 186. *Brisban* v. *Boyd*, 4 Paige's Cha. Rep. 17,

(2) But this applies only to transactions in the usual course of business. *Whitman* v. *Leonard*, 3 Pick. Rep. 177.

liability, notice of the dissolution of the partnership should be sufficiently promulgated to the world. This may be done either by an actual and express notice, or by one which is constructive and implied. Where notice of the dissolution is expressly given to all the person with whom the ex-partners had dealings in partnership (and generally speaking this form of notice is the most advisable and proper,) (*a*) the joint responsibility for subsequent acts of individual partners is terminated. Notice of a dissolution is, in legal import and effect, notice of the want of authority of any single partner to bind the firm by his separate act; the communication of such a notice operates, therefore, as a determination of continued liability. Even where a plaintiff was privy to an intention of partners to dissolve their partnership, which was in the course of execution, it was held that, in an action founded upon a supposed subsequent partnership transaction, the plaintiff must show that the intention was abandoned. (*b*) But express notice of a dissolution to be available must be given to every person entitled to it; for a communication of the fact to one may be rendered nugatory and ineffectual by a neglect to communicate it to another, where the rights of the two arise out of the same transaction. Therefore, if the plaintiff, in an action on a bill of exchange accepted by one of several partners in the name of the firm, be an indorsee, the defendants setting up a defence of want of authority to accept, in consequence of a dissolution of the partnership, must show that the payee had notice of the resolution of the firm to dissolve the partnership, and be no longer answerable for any such bills, and if that be not done, it is not sufficient to prove that the indorsee had notice, for he is entitled to avail himself of any circumstance which would operate in favour of the payee. (*c*) Bankers ought regularly to give

(*a*) Graham *v.* Hope, Peake's N. P. C. 154. Jenkins *v.* Blizard, 1 Stark. N. P. C. 418.

(*b*) Patterson *v.* Zachariah, 1 Stark, N. P. C. 71.

(*c*) Rooth *v.* Quin, 7 Price, 193.

notice of a change in the firm by a circular letter; but such change may also be notified by an alteration of the name in the printed check, and persons who have used the new checks cannot take advantage of the want of a more express notice. (*a*) What shall be deemed a constructive and implied notice is a little perplexed by the cases which have been decided on the subject, but we will endeavour to extract from them the principles they have established. A notice of the dissolution of a partnership is very commonly inserted in the Gazette, but the insertion of a notice therein is not of itself sufficient to exempt a retiring partner from future responsibility. Such an advertisement announcing a dissolution, is admissible as evidence of a public notification of the fact; but such evidence is of little avail, unless it be shown that the party entitled to notice was in the habit of reading the Gazette. (*b*-1) It has indeed been ruled that in respect of persons who had not any previous dealings with the

(*a*) Barfoot *v*. Goodall, 3 Campb. 147. Where the defendant part-owner and managing director of a mine, the plaintiff that he had sold his shares to others, who would in future be his paymasters; it was held, that the operation of such notice, not being absolute in its terms, was altogether a question for the jury, whether it amounted to a notice that he would not be responsible for any goods subsequently supplied; and that not having been submitted to them, a new trial was granted. Vice *v*. Fleming, 1 Younge & Jerv. 227.

(*b*) Godfrey *v*. Turnbull, 1 Esp. N. P. C. 371. S. C. Peake's N. P. C. 155. n. Leeson *v*. Holt, 1 Stark. N. P. C. 186, Graham *v*. Hope, Peake's N. P. C. 154. Gorham *v*. Thompson, ib. 42. Rex *v*. Holt, 5 T. R. 443. Williams *v*. Keates, 2 Stark. N. P. C. 290. See also *Ex parte* Usborne, 1 Glyn & James, 358. A notice of dissolution in the Gazette may be given in evidence without a stamp. Jenkins *v*. Blizard, 1 Stark. N. P. C. 420.

(1) The Court of *King's Bench* have recently decided, that notice in the *Gazette* is notice to all the world of the dissolution of a partnership. *Wright et al.* v. *Pulham*, 2 Chitt. Rep. 121. The cases cited by *Mr. Gow*, in which the question arose, of how far the insertion of a notice in the *Gazette* operated to exempt a retiring partner from future liability, are *Nisi Prius* cases; for in *Rex* v. *Holt*, and *Hovil* v. *Browning*, the question

partnership, an advertisement in the Gazette would be sufficient presumptive evidence to be left to a jury from thence to infer notice of a dissolution, so as to prevent such persons from recovering against the parties who constituted the firm originally upon a security given by one of the parties in the name of firm after such notice of dissolution. (*a*-1) But an advertisement in a common newspaper is not even admissible without proof that the party took in the paper; (*b*) although if the paper be proved to have been received by him it will be admissible, notwithstanding the fact of the dissolution has not appeared in the Gazette. (*c*) (2) Where the paper containing the advertisement is proved to have been read by the party, or is proved only to have been delivered

did not arise. The case of *Wright et al.* v. *Pulham*, is very shortly reported, and there being no statement of facts, argument of counsel, cases cited, or reasons for the opinion of the Court, given, the report is not very satisfactory. " I do not know that any case has yet been decided in this Court (Sup. Ct. of *Pennsylvania*) with respect to the notice of dissolution of partnership." *Per* Duncan, J. *Shaffer* v. *Snyder*, 7 Serg. & Rawle, 504.

(*a*) Godfrey *v.* Turnbull, *supra*. See also Newsome *v.* Coles, 2 Campb. 617.

(*b*) Leeson *v.* Holt, 1 Stark. N. P. C. 186. And see Boydell *v.* Drummond, 11 East, 144. n. Norwich & Lowestolf Navigation Company *v.* Theobald, 1 M. & Malk N. P. C. 153.

(*c*) Rooth *v.* Quin, 7 Price, 193.

(1) Notice in the public papers is conclusive upon all persons who have had no previous dealings with a co-partnership. *Lansing* v. *Ten Eych*, 3 Johns. Rep. 300. *Mowatt* v. *Howland*, 3 Day's Rep. 353. *Martin* v. *Walton & Co.* 1 McCord's Rep. 16. See 6 Johns. Rep. 147, 148. *Graves* v. *Merry*, 6 Cow. Rep. 701. *Bristol* v. *Sprague*, 7 Wend. Rep. 423. But as to such persons as have had dealings with a co-partnership, it is not so to be considered, unless under the circumstances it appears satisfactorily to the jury that it operated as a notice. *Martin* v. *Walton & Co. Graves* v. *Merry*.

(2) *Bank of South Carolina* v. *Humphreys et al.* 1 McCord's Rep. 388, in which it was ruled, that taking the *Gazette* (*The Courier* and *City Gazette*) in which the dissolution of a partnershp was published, amounted to express notice.

in the usual course at his house, the jury may reasonably be instructed to consider, whether the attention of a tradesman in reading a newspaper was not likely to be attracted by notices of the dissolution of partnership, to which the attention of others might not be directed; and it is a question for the jury to determine, whether, under all the circumstances of the case, the party has actually received notice of the dissolution. (*a*) (1) In the case of a dormant partner whose name has never been announced, he may withdraw from the concern, without making the dissolution of the partnership publicly known ; for his liability depends upon the mere fact of partnership, and no credit has been given to him personally as a supposed member of the firm. (*b*) (2) But it seems, that, if the ostensible partner state the existence of the partnership to a party who deals with the firm, the dormant partner is liable until such party has notice of the dissolution. (*c*)

(*a*) Jenkins *v*. Blizard, 1 Stark. N. P. C. 420. See also Hovill *v*. Browning, 7 East, 161. Rowley *v*. Horne, 3 Bingh. 2.

(*b*) Evans *v*. Drummond, 4 Esp. N. P. C. 89. Newmarch *v*. Clay, 14 East, 239.

(*c*) Evans *v*. Drummond, 4 Esp. N. P. C. 89. It has indeed been said, that if the communication were made after the actual dissolution the dormant partner would remain liable until notice was given ; but this point seems doubtful ; for, by the dissolution, the power of the ostensible partner, to bind his former co-partner, ceased. Id. ibid. 3 Stark. on Evid. 1080.

(1) It is sufficient notice of the dissolution of a co-partnership if such circumstances be proved, as leave no rational doubt that the party knew of the dissolution. *Iby* v. *Vining*, 2 McCord's Rep. 379. Observe the facts of the case. Or it may be implied from the transaction itself. *Whiteman* v. *Leonard*, 3 Pick Rep. 177. Where a partnership exists between persons who reside in two different countries, and a dissolution takes place from the breaking out of a war between the two countries, the existence of the war dispenses with the necessity of giving public notice of the dissolution. *Griswold* v. *Waddington*, 15 Johns. Rep. 57.

(2) *Armstrong* v. *Hussey*, 12 Serg. & Rawle, 315. *Kelley et al.* v. *Hurlbut*, 5 Cow. Rep. 534.

[ARTICLE 1900.]

* *Stuart's Rep. p. 49 et s., Symes, App., et Sutherland, ès-qual et al., Int., 20 avril, 1811.* } This was an appeal from a judgment of the Court of King's Bench, at Montreal, rendered in favor of the respondents.

Per curiam.

By the law of England where there is a partnership of any number of persons, if any change is made in the partnership, and no notice is given, any person dealing with the partnership, either before or after such change, has a right to call upon all the parties who at first composed the firm (1), for a secret dissolution cannot discharge the partners. It must be promulgated to the world in the usual and ordinary way, by *particular* notice to all who have had previous dealings with the firm, and *general* notice to all who have not, through the medium of the Gazette (2). The same rule obtains in the law of France, and so long ago as the year 1564, was recognized in a judgment of the Parliament of Paris upon a secret dissolution of a co-partnership of the 20th Nov. of that year (3) reported by *Charondas;* —" Il faut " says this judgment, " que celui qui ne veut plus être associé fasse signifier à tous ceux avec lesquels il avait coutume de contracter ou de négocier pour le fait de la société, la dissolution d'icelle; autrement il demeureroit obligé envers eux; même qu'il la dénonce par proclamation et affiches publics à ceux qui lui sont inconnus." —It must not, however, be presumed that knowledge of the fact of dissolution acquired by other means is insufficient, for if there be an absolute knowledge of this fact in the party contracting with the firm at the time of the contract made it is enough. He can never be said to have contracted with

(1) Parkin *v.* Caruthers et al, 3 Esp. N. P. p. 248. Willet *v.* Chambers, Cowp. 814.

(2) Graham *v.* Hope. Peake's nisi prius, 154.
Gorham *v.* Thomson. Ib. 42.
Godfrey *v.* Turnbull, 1 Esp. N. P. 371.

(3) Charondas Paudect. lib. 4, c. 13. 2 Bornier 469. Poth. Soc. n. 157.

the firm upon the faith of those persons whom he knew to be no partners in it, and consequently knew to be no parties to his contract.

In the present case as the plaintiff's agent (*Cuvillier*) by whom the sale was made, has been examined by both parties, and has distinctly sworn that he had no knowledge of the dissolution of the co-partnership in 1801, or of Neil Robertson's having retired from the house; the sole enquiry is whether such steps were taken at the time of dissolution or since, by the Robertsons or either of them, that notice to the plaintiff may fairly be inferred, and his want of the knowledge of Neil Robertson's having retired from the co-partnership attributed to the plaintiff's laches? — Now, the facts of this case as they appear in evidence, are these :— 1. That there was no alteration in the style of the firm, and the fair inference is, that it continued to be composed of the same persons. — 2. That regular notice was given to the creditors in England, and yet a similar notice was not given to the creditors here. — 3. That no public notice of the dissolution was given here or elsewhere. — 4. That so late as March 1807, three of the principal merchants of Montreal had no knowledge of Neil Robertson's having retired from the partnership, although the dissolution took place as far back as 1801, and acquired their knowledge of this circumstance at that time by private and particular application to Patrick Robertson, on the behalf of some of the creditors of the house in England, to know who were the partners in the firm of Patrick Robertson & Co. Against such a weight of testimony notice to the plaintiff cannot be inferred, nor can we attribute the want of the knowledge of Neil Robertson's having retired from the firm to any other cause than to the laches of Neil Robertson and Patrick Robertson, of which they cannot avail themselves. A dissolution, it is proved, did take place; but this is not a dissolution in point of law with regard to third persons unless they have been notified thereof. So far from the change being of public

notoriety, upon which alone the question rests, we find that fact rebutted by the evidence. We have gone through the record more than once, and upon mature deliberation are clearly of opinion that the judgment of the court below must be reversed with costs, and that judgment must now be entered up for the plaintiffs for the sum demanded by the declaration.

Judgment reversed.

TITRE DOUZIÈME.

DES RENTES VIAGÈRES.

TITLE TWELFTH.

OF LIFE-RENTS.

Rapport de MM. les Commissaires. Le contrat de rente viagère, fait le sujet du deuxième chapitre du titre des contrats aléatoires dans le Code Napoléon. Le présent titre contient dix-sept articles dont peu demandent des observations spéciales ; il est subdivisé en deux chapitres ; 1. Dispositions générales ; 2. Des effets de ce contrat.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

L'article 1901 renferme les articles 1968, 1969, C. N. L'article 1970 contient des restrictions aux deux articles précédents et qui ont une application spéciale sous le système du code, mais qui, dans notre système, peuvent être laissées sous les règles générales sans qu'il soit besoin d'un article particulier à cet égard.

La première partie de l'article 1903 coïncide avec l'article 1972, C. N. ; la dernière est prise du statut qui sous ce rapport est contraire au caractère essentiel de la rente viagère qui veut que le prix donné pour acquérir la rente soit aliéné absolument et à toujours.

L'article 1904 correspond au 1973e, C. N., quant à la première partie ; la dernière n'est pas adoptée ; mais la

matière est laissée sous la règle générale. Il y a dans le code du canton de Vaud un article (1456) en opposition directe avec celui du Code Napoléon, et plus conforme à la règle de notre droit.

L'article 1905 correspond à l'article 1974 C. N.

La règle exprimée dans l'article 1906 ne souffre aucun doute, mais la fixation du délai à vingt jours avant le décès est un amendement qui fait ainsi sous ce rapport coïncider la règle avec la disposition du Code Napoléon. Cette préfixion du temps parait préférable à l'incertitude de la règle ancienne.

Un article préparé et répondant à l'article 1977, C. N., a été omis comme n'exprimant qu'une règle générale commune à tous les contrats et contenue dans le titre *Des Obligations.*

CHAPITRE II.

EFFETS DU CONTRAT.

L'article 1907 reproduit la première partie de l'article 1978, C. N. ; la seconde partie se rattache à un mode de procédure différent du nôtre, sous lequel le droit du créancier à la rente est régi conformément à l'article 1914 de ce titre.

L'article 1908 est tiré du statut relatif aux rentes.

Les articles 1909 à 1913 n'exigent aucune remarque spéciale et correspondent en substance aux articles du Code Napoléon cités au bas de chacun des articles.

L'art. suivant avait été préparé :

" Lorsqu'un immeuble hypothéqué au paiement d'une rente viagère est vendu par décrêt forcé, ou par acte volontaire suivi d'une confirmation de titre, le crédi-rentier a droit d'être colloqué sur les deniers en provenant, suivant l'ordre de son hypothèque, pour une somme égale à la valeur de la rente au temps de la collocation ; ou bien, il peut demander que les créanciers qui lui sont postérieurs et portés à l'ordre en dernier lieu, soient tenus de faire, sur les deniers qu'ils recevront, un emploi qui produise un revenu suffisant pour lui assurer le paiment de sa rente, ou qu'ils demeurent res-

ponsables et donnent eux-mêmes cautions suffisantes pour en assurer la prestation."

Cet article ne se trouve pas dans le Code Napoléon ; il est cependant important en ce qu'il fixe une règle sur laquelle il a existé jusqu'à présent beaucoup d'incertitude. La loi, telle qu'exposée, est appuyée d'autorités incontestables, mais les commissaires y ont fait adopter un amendement. Suivant la loi ancienne le crédi-rentier avait l'option d'être colloqué, sur le produit de la vente de l'immeuble hypothéqué, pour la valeur de la rente, ou d'obliger les créanciers qui lui sont postérieurs de faire sur les deniers qu'ils touchent un placement suffisant pour assurer le paiement de la rente, ou d'en garantir eux-mêmes le paiement. L'amendement donne, au contraire, aux créanciers le droit de toucher les deniers en donnant caution de payer la rente, et à défaut par eux de le faire, donne au crédi-rentier le droit d'être colloqué pour la valeur de sa rente suivant son rang d'hypothèque. Cette dernière règle a paru aux Commissaires plus équitable en principe et plus aisée dans la pratique que celle en force.

Un article préparé comme le précédent et les deux qui suivent, ne se trouve pas dans le Code Napoléon ; il énonçait la règle qui fixe le mode d'évaluer la rente. Suivant la loi ancienne, cette estimation se faisait suivant l'âge et l'état de santé de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée ; mais avec cette règle incertaine, l'évaluation était difficile et dispendieuse, et les Commissaires ont en conséquence fait adopter en amendement, comme règle plus sûre et plus certaine, que la valeur de la rente soit fixée à une somme suffisante pour acheter d'une compagnie d'assurance une annuité égale à la rente. On sait que les opérations de ces compagnies sont basées sur des calculs faits d'après des tables statistiques et qui ont atteint un haut degré de précision dans l'évaluation des annuités. On ne peut avoir un meilleur mode d'évaluation que celui suggéré par cet amendement que les Commissaires soumettent respectueusement.

Les articles 1916 et 1917, sont nécessaires pour compléter

la règle à l'égard du cautionnement en faveur du crédi-rentier et de la règle d'évaluation adoptée par l'amendement. Le premier pourvoit au cas de l'insuffisance des deniers pour payer toute la rente ; il y a parmi les auteurs cités au bas de l'article, dissidence sur ce point, et les Commissaires après mûr examen, ont formulé dans l'article la règle qui leur a semblé la plus sûre et la plus convenable.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1901. La rente viagère peut être constituée à titre onéreux ; ou à titre gratuit, par donation entre-vifs ou par testament.

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

1901. Life-rents may be constituted for valuable consideration ; or gratuitously, by gift or will.

---

* *C. N.* 1968, 1969. } 1968. La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble.

1969. Elle peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou par testament. Elle doit être alors revêtue des formes requises par la loi.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, *n*° 215. } 215. Les *rentes viagères* sont celles dont la durée est bornée au temps de la vie d'une ou de plusieurs personnes.

Elles se constituent de différentes manières ; par donation entre-vifs, par testament, par contrats intéressés, comme lorsque quelqu'un vend un héritage ou quelqu'autre chose (1),

(1) *V.* art. 1968 et 1969, C. civ., qui renferment les mêmes dispositions. (Bugnet.)

puta, un fonds de boutique, une pratique de procureur, à la charge d'une rente viagère que l'acquéreur s'oblige de lui payer.—Elles se constituent aussi à prix d'argent, comme les rentes perpétuelles.

C'est particulièrement du *contrat de constitution de rente viagère à prix d'argent* que nous nous proposons de traiter ici.

On peut définir ce contrat, " un contrat par lequel l'un des contractants vend à l'autre une rente annuelle, et dont la durée est bornée à la vie d'une ou de plusieurs personnes, de laquelle rente il se constitue envers lui le débiteur pour une certaine somme qu'il reçoit pour le prix de la constitution."

---

* *Troplong, Contrats aléatoires, sur art.* 1968 *C. N.* } 204. Heineccius a raison de croire que le contrat de rente viagère fut entièrement inconnu des Romains (1). Ce peuple superstitieux voyait de tristes augures dans les conventions qui faisaient reposer quelque espérance sur la mort de l'homme ; il les bannissait comme impies, inhumaines et propres à exciter au crime.

Les nations modernes se sont mises, sur beaucoup de points, au-dessus de ce préjugé. Nous en avons vu une preuve dans les assurances sur la vie. Le contrat de rente viagère en offre un nouvel et remarquable exemple.

205. La rente viagère est très-ancienne dansl'histoire du droit français. Ses premiers vestiges se trouvent dans la législation des précaires, qui jouent un si grand rôle dans l'histoire de la première et de la seconde race, et dont Marculfe a conservé la formule (2). On s'adressait à une église ou à un monastère, à qui l'on donnait un fonds de terre ou un capital en argent ; en retour, l'église ou le monastère donnait des usufruits ou des rentes à vie d'un produit supérieur à ce qui avait été reçu, afin de compenser la perte à laquelle se sou-

(1) *Suprà*, n. 16.

(2) Lib. II, c. V, XI ; et Append., c. XLI, XLII.

mettait, pour l'époque de son décès, le possesseur précaire (1). Il y a là-dessus un capitulaire célèbre de Charles le Chauve, de 846 (2). " Precariæ autem a nemine, de rebus ecclesias-" ticis fieri præsumantur, nisi, quantum de qualitate conve-" nienti datur ex proprio, duplum accipiatur ex rebus Eccle-" siæ, in suo tantum, qui dederit, nomine, si res proprias et " ecclesiasticas usufructuario tenere voluerit. Sin autem " res suas ad præsens dimiserit, ex rebus ecclesiasticis tri-" plum fructuario usu, in suo tantum quid nomine, sumat."

Ce texte est positif. Il décide qu'on ne fera pas de précaire des biens d'Eglise, si celui qui donne à l'Eglise ne reçoit d'elle, outre l'usufruit de ce qu'il a donné, l'usufruit du double sur les fonds de l'Eglise ; ou bien, dans le cas où il aurait renoncé à l'usufruit de ce qu'il aurait donné, si l'Eglise ne lui donne un usufruit de terres ecclésiastiques valant le triple.

206. Les rentes viagères furent cependant attaquées avec vivacité au moyen âge par plusieurs théologiens célèbres (3). La terreur de l'usure leur fit craindre que la rente viagère ne fût un de ces prêts condamnés par la loi religieuse, dans lesquels le créancier reçoit plus qu'il n'a donné. Ces scrupules s'évanouirent à la fin. Henri de Gand, après avoir combattu la légitimité des rentes viagères, changea de sentiment à la lecture du capitulaire de Charles le Chauve, qu'il avait d'abord perdu de vue (4). La rente viagère devint un placement d'autant plus fréquent que le prêt à intérêt était plus sévèrement réprimé. Les jurisconsultes italiens nous apprennent que, dans la ville du saint-siège, les contrats de rentes viagère se pratiquaient tous les jours par les églises, les monastères, les collèges de clercs, sous l'approbation de

(1) Thomassin, *De l'usure*, p. 465, 466, n. 14, 15.

(2) Capit. d'Epernay, 22. Il est tiré d'un concile tenu dans le pays Messin, et se trouve aussi dans le décret de Gratien, X, q. 2, c. IV.

(3) Voy. notre préface du *prêt à intérêt*.

(4) *Quodlibet*, 12, 9, 21.

la commune opinion des docteurs (1), et sans crainte du reproche d'usure (2).

207. Le contrat de rente viagère, en effet, n'a rien de commun avec l'usure. Le revenu assuré au crédirentier n'est pas un intérêt de l'argent qu'il a déboursé pendant un certain temps, pour qu'on le lui rende ensuite. Il est la compensation du capital aliéné à toujours. Et comme la rente viagère repose sur des combinaisons aléatoires, la rente ne saurait être atteinte par la loi du maximum de l'intérêt, et rester renfermée, comme la rente constituée, dans les limites du 5 p. 100. Il faut que l'acheteur soit indemnisé, par l'élévation du taux de la rente, de la chance qu'il court de n'en jouir qu'un petit nombre d'années par suite de son décès prématuré (3). *Excluditur usura*, dit Casaregis, *ex incertitudine vitæ emptoris, seu ejus ad cujus durationem fuit ille census constitutus ; quæ facit quod emptor nihil certi lucri exspectare possit, nec venditor damni ; et sic propter æqualem incertitudinem, in æqualitate contractus consistit, neque usuræ locus fit* (4)."

208. Par là, le contrat de rente viagère se distingue non-seulement du prêt proprement dit, mais encore de la rente constituée, avec laquelle il a cependant les plus grandes analogies. Celle-ci est exempte de chances et d'incertitudes ; celle-là est, au contraire, une convention essentiellement aléatoire, dans laquelle le crédirentier risque un capital certain pour l'espérance d'un revenu que la mort lui enlèvera peut-

(1) Le cardinal Deluca, *De censib.*, § 7. Scaccia, § 1, q. 1, n. 296, dit : " *Et hanc consuetudinem esse approbatam ex communi doctorum sententia*, et nos passim videmus Romæ quod collegia religiosa vendunt hos census vitalitios." *Junge* Casaregis, dis. 96, n. 9, et And. Gail (2, obs. 8), qui citent le nom d'un grand nombre d'auteurs.

(2) *Et ideo contractus iste non est fœneralitius.* Scaccia, *loc, cit.*, n. 296. *Junge* And. Gail, 2, obs. 8 ; et Fontanella, *De pact. nuptial.*, claus. 4, glos. 18, pars III, n. 98.

(3) Scaccia, *loc. cit.*, § 2, glos. 4, art. 150.

(4) Disc. 96, n. 4. *Junge* Surdus, De *alien.*, t. IX, q. 11.

être bientôt, tandis que le débiteur est exposé, en cas de longévité du créancier, à payer en annuités plus qu'il n'a reçu en capital. C'est ce que Casaregis appelle très-bien *commutatio periculi* (1).

(1) *Loc. cit. Junge* And. Gail, 2. obs. 8. *Infrà*, art. 1976, n. 790.

Add. On lit dans Favard de Langlade, *Rép.*, vº *Contr. aléat.* : " La partie aléatoire de ce contrat est dans le terme. Quelle que soit la durée de la vie de la personne sur la tête de laquelle la rente est établie, le débiteur doit toujours servir la même rente.

" Mais aussi la rente peut être éteinte dans un temps très-voisin de sa création ; alors le débiteur, promptement libéré, s'enrichit. C'est cette chance de gain ou de perte qui imprime à ce contrat la nature aléatoire."

Dans le même sens, O. Leclercq, t. VI, p. 495 ; Duranton, n. 121 ; Dufour, n. 270.

Championnière et Rigaud, n. 1307, disent ici : " Ce qui distingue principalement la rente perpétuelle de la rente viagère, c'est l'aliénation absolue du capital dans ce dernier contrat. " Ces rentes, dit Pothier, n. " 149, n'ont pas de capital ; la somme qui a été payée pour le prix de la " constitution de la rente viagère est entièrement perdue pour le créan- " cier de la rente ; il n'en demeure en aucune manière créancier, et elle " ne doit jamais lui retourner. La rente viagère n'est donc la créance " d'autre chose que des arrérages qui en doivent courir pendant le temps " de sa durée ; ces arrérages font tout le principal, tout le fonds et l'être " entier de la rente viagère ; elle s'acquitte et s'éteint par parties, à " mesure que le créancier les reçoit ; le payement de ce qui en restait dû " et couru jusqu'à la mort de la personne sur la tête de laquelle elle " était constituée, achève de l'éteindre entièrement."

" De cette aliénation absolue résulte, pour le débiteur, l'impossibilité de rembourser le capital (art. 1979 du code civil), et c'est ce qui donne à ce contrat le caractère aléatoire que n'a point la rente perpétuelle : si, après que le capital et les intérêts légaux qu'il a dû produire ont été remboursés, la rente dure encore, le constituant perd ; si au contraire, la rente s'éteint avant que le capital soit absorbé, il gagne.

" L'aliénation du principal et le caractère aléatoire sont ainsi les signes distinctifs de la rente viagère.

" Il en résulte qu'on ne doit pas percevoir le droit de 2 p. °/° sur un contrat par lequel une partie qui reçoit une somme s'engage à en servir l'intérêt annuel jusqu'au décès d'une personne désignée, et à rembourser le capital après son décès. L'aliénation du capital n'est pas absolue ; le contrat ne présente qu'un prêt à intérêt passible du droit de 1 p. °/°."

[ARTICLE 1901.]

209. C'est par suite de ce caractère aléatoire que Scaccia voyait dans la rente viagère un véritable pari dans lequel l'un gagne le capital, si la mort arrive, tandis que, si elle n'arrive pas, l'autre gagne des annuités (1). Mais ceci ne doit pas passer sans une observation.

Il est certain, en effet, que l'élément du pari se trouve mêlé au contrat de rente viagère ; Casaregis l'appelait *sponsionis genus* (2). Mais il n'y figure pas comme élément principal, comme cause et but de la convention ; il y est revêtu d'autres éléments supérieurs qui donnent à l'agissement un caractère légitime ; il y est dominé par une raison d'utilité qui lui enlève sa couleur frivole, et fait place à un contrat juste et honnête (3). Et quels sont ces éléments réparateurs ? Ce sont ceux d'une vente réelle, portant sur une chose actuelle, positive, matérielle, aliénée par l'une des parties moyennant un prix sérieux. Car la rente viagère n'est pas moins une vente que la rente constituée (4), et, sous ce rapport, ces deux contrats sont absolument semblables. Seulement, dans la rente viagère, le capital aliéné pour prix de la rente, cherche son équivalent dans un calcul de probabilité que le hasard peut tromper, et c'est ce calcul qui lui communique le caractère d'*alea*. Mais, malgré ce qu'elle a d'aléatoire, malgré les points de contact par lesquels elle tient à la gageure, elle n'en est pas moins, avant tout et surtout, une vente caractérisée et un contrat sérieux qui doit être respecté.

210. Nous ajoutons que le contrat de rente viagère est aussi moral que le pari l'est peu (5) : il procure des secours

(1) *Suprà*, n. 15. Voy. son § 1, quæst. 1, n. 126, où il dit : *A sponsione non discrepat.*

(2) Disc. 96, n. 12.

(3) Scaccia, *loc. cit.*

(4) *Suprà*, mon *Comm. du prêt*, n. 421 et suivants, arg. de l'article 1971, où l'on voit le législateur parler du *prix* de la rente.

Portalis, Exposé des motifs de la rente viagère (Fenet, t. XIV, p. 544).

(5) Aussi Surdus dit-il : " *Verum sine hæsitatione concludo contractum valere et licitum esse.*" (*De alimentis*, t. IX, q. 11, n. 1).

au vieillard, à l'infirme, à l'indigent; il leur assure des moyens d'existence tirés de la fragilité même de leur vie (1). Sans doute, il arrivera quelquefois que le débiteur de la rente formera des vœux impies contre la vie de son créancier. Mais cette malice accidentelle et toute personnelle d'un avare impitoyable ne doit pas faire rejaillir de fâcheuses préventions sur le contrat en lui-même, qui est fondé en justice, et prend sa base dans une égalité de chances aléatoires (3). Je sais aussi que, sous d'autres rapports, l'avarice et l'égoïsme peuvent en abuser. On a vu quelquefois des cœurs froids et moroses, brisant les affections de famille, vouloir que tout périsse avec eux, liens du sang, liens de l'hérédité, patrimoine ! Des voluptueux se rencontreront également, qui sacrifieront aux jouissances du présent les devoirs de la parenté et l'union des proches, insultant en épicuriens aux sages idées de conservation, épuisant leur capital par le revenu, et s'inquiétant peu si le lendemain de leur mort il ne restera d'eux ni souvenir, ni regret, ni trace de leur passage. Mais quel est donc le contrat si utile dont on ne puisse faire un mauvais usage ? Quel est l'acte si licite et si moral de la vie civile qui ne dégénère dans des mains habituées à mal faire ? Les dissipateurs se sont ruinés par la vente. Calomnierons-nous le contrat de la vente ? On a mis le testament au service de la haine, de la passion, de l'injustice. Repousserons-nous le testament ? Quand un usage est bon et utile, il ne faut pas le condamner par crainte de quelques abus. En général, le cœur de l'homme trouve en lui-même des barrières propices pour l'empêcher de se livrer au mal; et la liberté qu'il tient de la Providence est plutôt une source de biens qu'un don fatal. Respectons en conséquence cette liberté dans les contrats; et quand l'expérience a trouvé une conception utile, n'étouffons pas ce développe-

(1) Boutteville, tribun. (Fenet, t. XIV, p. 562.)

(2) Casaregis, disc. 96, n. 4.

ment avantageux par la peur outrée d'inconvénients accidentels (1).

211. Puisque l'*alea* est un des caractères distinctifs de la rente viagère, il s'ensuit que si elle est arrangée de manière à n'être aléatoire que de nom, elle doit perdre les privilèges particuliers introduits en sa faveur en considération de cette *alea* (2). J'ai eu occasion d'insister plus d'une fois sur cette vérité pratique (3). Par exemple, j'ai établi ailleurs qu'une vente à rente viagère, dans laquelle le caractère aléatoire manque absolument, est soumise à la rescision pour lésion, quoiqu'en principe les contrats aléatoires soient affranchis de cette action (4), et cette doctrine a été expressément consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 22 février 1836, portant cassation d'un arrêt de la cour de Toulouse (5). Mon intention n'est pas d'insister de nouveau sur ce point de

(1) Add. Deleurie, n. 11554, examine au même point de vue que Troplong la légimité du contrat de rente viagère.

(2) Par suite, il ne faudra pas qu'elle paye le droit d'enregistrement comme rente viagère (Championnière et Rigaud, t. II, n. 1307 et 1308).

(3) Mon *Comm. de la Vente*, n. 150 et 791.

(4) *Loc. cit.*

(5) Dalloz, XXXVI, 1, 205. Cet arrêt a une très-grande importance ; je crois qu'il finira par couper court au système bizarre imaginé par quelques cours royales, qui, croyant qu'il n'y avait pas moyen d'atteindre par la rescision une vente à charge de rente viagère, sans *alea*, ont cru venir au secours de la bonne foi en décidant qu'un prix vil n'est pas un prix sérieux, et que la vente devait tomber faute de prix. Un tel système n'est pas soutenable, comme je crois l'avoir démontré dans mon *Comm. de la Vente*, n. 150, et *du Louage*, n. 3, note. Aussi pensé-je qu'il sera bientôt abandonné, et que l'arrêt de 1836, en ouvrant la voie de la rescision, fermera celle d'une nullité forcée et contraire à toutes les idées raisonnables. *Junge* Nancy, 2 août 1837 (Devill., XXXIX, 2, 183).

Néanmoins on trouve des traces du système que je repousse dans un arrêt de la cour de Poitiers du 9 juin 1840, qui a été l'objet d'un pourvoi rejeté par la cour de cassation le 23 juin 1841 (Devill., XLI, 1, 807). Remarquons cependant que l'arrêt de Poitiers, simple arrêt interlocutoire, ne faisait qu'ordonner une preuve sur le taux du prix, pour savoir

jurisprudence. Pour le moment, mettons en relief certaines circonstances qui enlèvent à la rente viagère son cachet de contrat aléatoire.

Par exemple, Pierre vend à Paul un immeuble de 4,000 fr. pour une rente viagère de 200 fr. ; où est ici l'incertitude ? Quand même la vie de Pierre se prolongerait au delà des bornes ordinaires, Paul ne peut jamais perdre ; il ne fait que payer les intérêts ordinaires du capital par lui reçu. D'un autre côté, Pierre ne peut jamais faire à ce marché un véritable gain, puisque Paul ne lui paye que l'intérêt de son argent et rien de plus. Toute la chance consiste en ce que Paul gagnera certainement si Pierre décède promptement, tandis que ce dernier est par cela même exposé à perdre. Mais cette chance de gain du côté de Paul n'est compensée par aucune chance de perte, de même que la chance de perte du côté de Pierre n'est compensée par aucune chance de gain. Le contrat n'est donc pas véritablement aléatoire : il contient

s'il était réel, et qu'ainsi rien n'était décidé en principe. La cour de cassation ne pouvait s'empêcher de rejeter.

Add. *Jurisprudence.*—Jugé qu'une vente faite moyennant une rente viagère, qui peut être servie avec les seuls revenus de l'immeuble aliéné, est une donation déguisée... et par suite est révocable pour cause de survenance d'enfant. Montpellier, 12 juin 1834 (D. P. XXXV, 2, 19).

—Précédemment il avait été jugé que la vente d'immeuble moyennant une rente annuelle et viagère, est un contrat aléatoire, lequel ne peut être annulé pour prétendue vileté du prix, dans le cas même où il résulterait d'une expertise que la rente est inférieure au produit des immeubles. Cass. civ., 1er avril 1829 (D. P. XXIX, 1, 205) ; Agen, 5 mai 1829 (D. P. XXXII, 2, 169); Riom, 26 mai 1826 (D. P. XXVIII, 2, 40) ; Toul, 22 avril 1831 (D. P., XXXII, 2, 34).

On lit dans Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n. 1308: "Lorsque la rente viagère n'excède pas le taux légal de l'intérêt de l'argent, on doit considérer le contrat comme une donation du capital, sous réserve de la jouissance représentée par la rente, et percevoir en conséquence le droit d'enregistrement. Voy. Pothier, n. 217, 218 et 219 ; cette décision n'est pas à l'abri de toute critique, car l'intérêt légal peut être onéreux, si l'argent ne rapporte pas cet intérêt ; c'est une question d'interprétation."

tout simplement une vente ordinaire, mélangée de libéralité, ou, suivant les cas, suceptible de rescision.

212. Si l'on veut voir d'autres exemples de rentes viagères dépourvues d'*alea*, on peut consulter les numéros 150, 648 et 791 de mon *Commentaire de la Vente.* Je n'insisterai que sur un seul.

Les époux Boulet vendent à Boutin deux maisons, moyennant le prix de 4,000 francs, payable au décès du dernier survivant des vendeurs, à charge par l'acquéreur de payer jusque-là une rente viagère de 250 francs.

On voit qu'à côté de cette rente viagère de 250 francs, il y avait un capital de 4,000 francs qui, loin d'être livré à *fonds perdu*, devait se retrouver à une époque fixe, et être livré aux représentants des vendeurs. La rente de 250 francs n'était donc que l'intérêt de ce capital de 4,000 francs destiné à être rendu, et s'il excédait de 50 francs l'intérêt légal de 5 p. 100, c'est uniquement parce que les vendeurs avaient consenti à faire une réduction sur le prix principal. Dans ces circonstances, il est clair que la rente de 250 francs, bien que viagère n'était pas purement aléatoire, et que le contrat de vente auquel elle se liait était plutôt dans son ensemble et dans ses dispositions principales une véritable vente ordinaire ; c'est ce que la cour de Bourges jugea par arrêt du 2 avril 1828 (1).

213. La rente viagère peut être constituée à titre onéreux ou à titre gratuit (art. 1968, 1969). Nous parlerons, dans le commentaire des articles 1969 et 1970, de la rente viagère constituée à titre gratuit.

Quand elle est constituée à titre onéreux, elle est un contrat commutatif dans lequel les chances de gain et de perte que court l'une des parties sont censées être l'équivalent des chances pareilles que court l'autre partie (2) : *commutatio periculi* (3).

(1) Dalloz, XXIX, 2, 180. Mon *Comm. de la Vente,* n. 648.

(2) Pothier, n. 217.

(3) *Suprà,* n. 208.

[ARTICLE 1901.]

214. Elle se crée moyennant un capital reçu par le constituant, et ce capital peut être ou une somme d'argent, ou une chose mobilière appréciable, ou même un immeuble. Le crédirentier, qu'on appelle aussi acquéreur de la rente, aliène au profit du débiteur de cette rente, appelé le constituant (1), la somme d'argent, la chose mobilière, ou l'immeuble; il l'aliène même bien plus absolument que ne le fait l'acquéreur d'une rente perpétuelle (2), car ce dernier peut espérer que le débiteur de la rente ou ses successeurs la rachèteront pour s'en libérer; tandis que l'acquéreur de la rente viagère, dont la mort mettra fin à cette rente, n'a pas l'espoir du rachat. *Sors totalem sentit mortem*, disent les docteurs (3).

215. Mais quelles sont les idées qu'il faut précisément se faire du droit acheté par le crédirentier?

Suivant une doctrine résumée par Pothier (4) et souvent citée, il faut bien se garder de comparer la chose acquise par le crédirentier viager avec la chose acquise par le crédirentier perpétuel. Dans le cas de rente perpétuelle, dit-on, il reste, en place du capital aliéné, une créance productive de fruits, et le payement de ces fruits ne diminue en rien le montant de cette créance ; l'être métaphysique qui engendre les revenus annuels ne souffre aucun amoindrissement par la perception de ces annuités.

Dans la rente viagère, au contraire, les annuités ne sont pas le produit d'un être méthaphysique qui les domine; elles sont la créance même, elles sont l'être même de la rente. Il n'y a pas de capital (5).

(1) Art. 1977 et 1979.

(2) Pothier, n. 227,

(3) Deluca, *De censib.*, § 7, n. 82.

(4) N° 249. *Junge* Toullier, t. XII, n. 110.

(5) Casaregis formule ce système de cette manière : " *In effectus, fructus, qui percipitur ex juribus vitalitiis, revera non est fructus, sed potius distributa exactio sortis sub incerto eventu.*" (Disc. 96, n. 14). Le cardinal Deluca, partisan de cette idée, disait : " *Revera iste contractus nullam habet sortem, vel salvam substantiam, fructuum vel accessionum in*

Cette doctrine ne nous semble pas exacte. Imaginée, soit pour soustraire les rentes viagères aux probibitions du pape Pie V relatives aux rentes constituées (1), soit pour enlever à ces rentes le caractère d'immeubles donné aux rentes constituées par plusieurs coutumes, elle souffrait de sérieuses difficultés. même dans l'ancienne jurisprudence, et Pothier, bien que laissant pénétrer un secret penchant pour elle, ne pouvait s'empêcher de reconnaître qu'elle ne prévalait pas au palais.

Voici, en effet, ce que l'on y répondait :

Pourquoi n'y aurait-il pas dans la rente viagère, comme dans la rente constituée, un droit supérieur, une créance productive d'arrérages ? Pourquoi ne supposerait-on pas que les arrérages sont engendrés, dans la rente viagère, par un être moral et intellectuel, de la même manière qu'ils le sont dans la rente constituée ? Seulement, cet être métaphysique, distinct des arrérages, est périssable dans la rente viagère, tandis qu'il est perpétuel dans la rente constituée. Mais on ne voit pas par quel motif plausible on serait fondé à dire que les arrérages de la rente viagère sont la créance même. Ils ne sont que des fruits.

Cette réponse est excellente. Le sentiment qu'elle fait prédominer, bien que repoussé par Toullier (2), trouve le plus solide appui dans plusieurs dispositions du code civil. C'est aussi celui de Delvincourt (3).

statuto tempore productivam, naturalium fructuum ad instar, ut in perpetuo censu dignoscitur." (*De censib.*, § 7, n. 82).

(1) Voy. mon *Comm. du Prêt*, n. 420.

(2) T. XII, n. 110. Il ne cite que Pothier ; mais il s'arrête à la première partie de l'opinion de cet auteur, et ne parle pas des raisons contraires énumérées par Pothier, et données par ce dernier comme décisives au palais.

Tellement décisives, en effet, que Pothier leur subordonne la question qu'il examine au n. 250.

(3) T. I, p. 350, n. 1, notes.

Add. C'est aussi l'avis de Duranton, n. 158. " Quoique la rente via-

D'abord, l'article 584 du code civil range dans la classe des fruits civils les arrérages des rentes. Ce texte est général. Il ne fait pas de distinction et ne prononce pas d'exclusion. Il comprend les arrérages des rentes viagères, aussi bien que les revenus des autres rentes. Or, si les arrérages d'une rente viagère sont un fruit civil, ils ne représentent donc pas l'être même de la rente.

L'article 588 du code civil est encore plus formel. Il veut que l'usufruitier d'une rente viagère ait le droit d'en percevoir les arrérages pendant la durée de l'usufruit, sans être tenu de les restituer à la fin de cet usufruit. Si les arrérages de la rente viagère étaient tout le fonds même de la rente, il est évident que l'usufruitier, n'ayant pas le droit de consommer le fonds grevé d'usufruit, et ne pouvant jouir que *salva rerum substantia*, devrait se borner à placer les annuités de la rente viagère pour en toucher les intérêts seulement ; il est évident que la somme de ces annuités, vrai fonds de la rente, devrait être conservée pour être rendue avec tous les autres capitaux. Et c'est en effet l'opinion que soutenaient dans l'ancien droit quelques auteurs

gère, dit-il, n'ait pas, comme la rente constituée en perpétuel, de capital, et que sa valeur, en réalité, se compose des arrérages qui en seront successivement payés, néanmoins on a considéré la rente elle-même comme une sorte d'être moral produisant des fruits sous le nom d'*arrérages*, tout de même que la rente constituée en perpétuel ; et en conséquence l'on a décidé que l'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution.

" De même, dans le cas de communauté entre époux, si l'un d'eux, au jour du mariage, est créancier d'une rente viagère, et qu'il ait stipulé la reprise de son mobilier, ou que la communauté soit réduite aux acquêts, il n'aura pas pour cela le droit de reprise quant aux arrérages de la rente perçue pendant la communauté, droit qu'il aurait cependant incontestablement, si l'on considérait ces arrérages comme partie du fonds du droit de rente ; mais, au contraire, on les considère comme de simples fruits produits par ce droit."

pénétrés de l'idée que la rente viagère n'a pas de capital (1). Mais l'article 588 a expressément proscrit ce système ; et, en laissant au droit de l'usufruitier sa légitime extension, il a montré, par là même, la véritable nature de ces arrérages qu'il lui permet de consommer.

La même conclusion se tire des articles 610 et 1401, n° 2, du code civil. Les arrérages de la rente viagère y sont considérés comme des fruits (2).

Mais que dirons-nous des articles 1909 et 1910 ? Les arrérages n'y sont-ils pas qualifiés du nom d'*intérêt d'un capital ?* n'y sont-ils pas représentés comme la génération d'un être intellectuel distinct ? et la rente viagère n'y est-elle pas mise, sous ce rapport, sur la même ligne que la rente constituée ?

Puis viennent, et l'article 1977, qui prévoit le cas où le créancier peut rentrer dans le capital de la rente viagère ;

Et l'article 2277 du code civil, qu'on n'a jamais pensé à déclarer inapplicable aux arrérages d'une rente viagère ;

Et l'article 2151 du code civil, qui, par sa liaison avec la loi de brumaire an VII et l'article 14 de la loi du 9 messidor an III, démontre qu'au yeux du législateur moderne, les arrérages de la rente viagère sont un intérêt produit par un capital (3).

A cet ensemble de preuves, toutes topiques et victorieuses, on oppose les arts. 1980 et 1978 du code civil (4) ; mais on verra par l'explication de ces deux textes qu'on en tire des conclusions exagérées.

216. Nous avons dit au n. 209, et l'on vient de voir, que le contrat de constitution de rente viagère est une vraie vente dans laquelle la rente est la chose vendue. Ce principe est

(1) Voet, VII, 1, 25. Voy., au surplus, *Rép.*. v° *Usufruit.* Et surtout Proudhon, *Usufruit*, t. II, n. 1055 ; et t. IV, n. 1824.

(2) Proudhon, t. IV, n. 1824.

(3) Mon *Comm. des hypothèques*, n. 700, pose le principe et montre l'application de l'art. 2151.

(4) Toullier, t. XII, n. 110.

incontestable toutes les fois que le prix payé par l'acquéreur de la rente est une somme d'argent. C'est en vue de ce cas que les anciens auteurs, qui ont le mieux approfondi cette matière, ont ramené à une vente de la rente les combinaisons sur lesquelles repose la constitution de rente viagère ; c'est précisément à ce cas qu'ils ont attribué le nom spécifique de contrat de *constitution de rente viagère.* Le traité de la *Rente viagère* de Pothier roule tout entier sur cette hypothèse d'une constitution de rente à prix d'argent (1). On y voit perpétuellement la rente figurant comme la chose vendue, tandis que la somme d'argent payée par le crédirentier est le prix (2).

217. Mais en est-il de même lorsque la chose aliénée par l'acheteur de la rente consiste, non pas *in numerata pecunia*, mais en objets mobiliers ou immobiliers ? Le contrat n'est-il pas alors moins un contrat de constitution de rente qu'une vente de ces objets mobiliers ou immobiliers à fonds perdu ? En un mot, les rôles ne sont-ils pas changés, et ne sont-ce pas les objets mobiliers ou immobiliers qui sont la chose vendue, tandis que la rente viagère n'est que le prix ?

L'affirmative est la seule réponse qu'on puisse faire à cette question.

En effet, il est impossible de donner le nom de prix à une chose mobilière ou immobilère, comme on le donne à une somme d'argent. J'ai exposé les principes à cet égard dans mon *Commentaire de la Vente* (3) et dans une dissertation insérée dans mon *Commentaire de l'Echange* (4). Le prix de vente doit nécessairement consister en argent.

Si donc la rente viagère est constituée moyennant un immeuble ou des objets mobiliers, les positions sont interverties. Ce n'est pas la rente qui est vendue, c'est elle qui

(1) No 215.

(2) *Junge* art. 1971.

(3) Nos 146 et 147.

(4) No 4.

devient le prix (1) ; la chose, *res*, ce sera l'immeuble, ce seront les objets mobiliers.

218. Et comme les contrats prennent leur dénomination de l'agissement principal qu'ils réalisent, il s'ensuit qu'on ne donnera pas à celui-ci le nom de constitution de rente, lequel laisserait supposer que la création de la rente a été l'affaire principale et le fait dominant ; on l'appellera vente de tel domaine, vente de tel fonds de magasin à fonds perdu ou à charge de rente viagère (2), parce que l'affaire principale est la vente et l'achat de ces choses (3).

Ainsi, il ne faut pas oublier cette distinction : quand c'est la rente qui est la chose vendue, c'est alors que le contrat est véritablement le contrat de constitution de rente, contrat *sui generis* qui a ses principes propres. Mais quand la rente viagère n'est que le prix, le contrat prend le nom de vente à fonds perdu et conserve, sauf quelques exceptions, les attributs principaux du contrat de vente (4).

Voici maintenant les conséquences de cette observation. Elles sont importantes.

219. D'abord, au point de vue fiscal, la loi de l'enregistrement ne considère comme vraies constitutions de rente viagères que celles qui sont faites à prix d'argent. C'est seulement en elles qu'elle voit la rente viagère proprement dite.

Quant aux rentes viagères créées pour vente de meubles ou d'immeubles, elle s'attache particulièrement à la transmission de la chose, qui est prédominante à ses yeux. Elle

(1) Duparc-Poullain dit très-bien : « *Il est certain que la rente viagère* EST LE PRIX *du fonds* (t. III, p. 101, n. 88). Voyez l'art. 918 du code civil.

(2) Arg. de l'art. 918 du code civil.

(3) Arg. de ce que dit Pothier, *Des retraits*, n. 79.

(4) *Junge* arg. d'un arrêt de la cour de cassation du 15 novembre 1836 (Dalloz, XXXVI, 1, 409).

traite le contrat comme contenant une aliénation et une transmission de l'immeuble ou des meubles (1).

220. Ce n'est pas tout. Quand, passant du droit fiscal au droit commun, on vient à examiner la question de savoir si le contrat de constitution de rente viagère est réel, on aperçoit tout de suite qu'il ne l'est pas moins que la rente perpétuelle (2), pourvu, toutefois, qu'il s'agisse du cas où le débiteur de la rente reçoit une somme d'argent pour prix de cette rente. Dans cette hypothèse, l'obligation du débiteur n'est parfaite que par la réception du capital. Les textes sont formels à cet égard. Puisque la rente viagère est une variété de la constitution de rente perpétuelle, et que la rente perpétuelle est assimilée par l'article 1929 du code civil à un prêt, il s'ensuit que, dans les principes du code civil, calqués, du reste, sur ceux de l'ancienne jurisprudence (3), le contrat de rente viagère à prix d'argent est réel.

Sans doute si Pierre s'oblige envers Paul à lui compter dans six mois une somme de deniers pour laquelle Paul lui constituera une rente viagère, cette convention est obligatoire, et si Pierre y manque, il sera tenu des dommages et intérêts de Paul. Mais ce ne sera pas un contrat de constitution de rente viagère. Ce dernier contrat ne se réalisera qu'autant que la somme aura été effectivement payée (4).

(1) Championnière et Rigaud, *Dict.*, v° *Rente viagère*, n. 4 ; et *Traité des droits d'enreg.*, t, II, n. 1306.

(2) *Suprà, Prêt*, n. 422. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enreg.*, t. II, n. 1306.

(3) Pothier, n. 221.

(4) Add. Mazerat sur Demante, n. 711, dit dans le même sens : " Au reste, rien n'empêche les parties de constituer une rente moyennant une somme d'argent non encore apportée, mais simplement promise ; alors le contrat est consensuel. S'il s'agissait d'une rente perpétuelle il faudrait, à la différence de la rente viagère, examiner si les arrérages payés avant la tradition et réunis à ceux payés après n'excèdent pas le taux de l'intérêt légal. Réciproquement, on peut convenir que la rente constituée moyennant un meuble ou un immeuble sera réelle, en ce

[ARTICLE 1901.]

221. Supposons maintenant que le capital fourni soit un immeuble ou des meubles, et non pas une somme d'argent. Alors (nous l'avons déjà dit), ce n'est pas la rente qui est vendue, c'est le capital mobilier ou immobilier que l'on vend et que l'on achète à la charge d'une rente. La constitution de rente viagère cesse d'être le but dominant et la fin spécifique du contrat; elle n'est créée qu'à titre de prix, à titre de charge de l'aliénation (1). Dès lors, le rôle subordonné qu'elle joue dans un contrat aussi fortement caractérisé que la vente la plie nécessairement à quelques-uns des principes particuliers à cette espèce de convention ; il s'opère une mutuelle réaction de la vente sur la rente viagère, de la rente viagère sur la vente, qui, sans faire rétracter aucune des

sens que les arrérages n'en seront payés qu'après la tradition. Voyez Pothier."

Duranton, n. 157, dit aussi : " D'ailleurs, en supposant même la constitution faite moyennant une somme, quelle serait donc la raison qui empêcherait les parties de convenir que le prix de cette constitution ne sera payable qu'au bout d'un certain temps, par exemple au bout de six mois ? Bien certainement une telle constitution sera parfaite par le seul consentement des parties, et si la personne sur la tête de laquelle la rente serait constituée venait à mourir avant l'expiration de ce délai, la somme serait bien acquise au constituant, et celui-ci aurait bien action pour se la faire payer, à moins que les parties n'eussent entendu que le contrat ne commencerait à produire ses effets que lorsque le prix de la rente serait compté au constituant, ce qui ne se présumerait pas facilement. Quant aux arrérages, ils commenceraient aussi à courir du jour du contrat, à moins de convention contraire, puisque de ce jour les risques de l'extinction seraient à la charge de celui qui a promis la somme pour avoir la rente : ainsi ce contrat, de sa nature, n'est point *réel*, comme l'est le prêt ou le dépôt ; on ne peut concevoir ces derniers contrats sans une chose prêtée ou déposée, mais on peut très-bien concevoir une constitution de rente viagère à titre onéreux, quoique aucune chose ne soit actuellement remise au constituant ; il suffit pour cela qu'une chose lui soit promise pour prix de la constitution ; et si elle ne lui est pas payée ou remise, il peut demander la résiliation du contrat avec dommages-intérêts, en vertu de l'aticle 1184."

(1) Arg. de l'art. 918 du code civil.

règles fondamentales en ces matières, conduit cependant à les modifier (1).

C'est ainsi que nous verrons l'article 1978 du code civil altérer un des principes les plus familiers en matière de vente. Mais, par réciprocité, c'est ainsi que la rente viagère constituée pour prix d'un immeuble se prête à la nature de la vente et en revêt certains attributs. Quel est le but d'un pareil contrat ? C'est avant tout une transmission d'immeuble. Aussi le vulgaire lui donne-t-il un nom très-significatif en l'appelant *vente à fonds perdu.* On ne doit donc pas le juger au point de vue de la rente viagère pure. Il faut se place aussi à l'horizon de la vente d'un immeuble, et tenir compte du rôle si important qu'y joue cette dernière convention.

Or, comment le contrat en question ne serait-il pas consensuel, puisqu'il est une vente ? Peu importe, du reste, que le prix de cette vente soit une rente viagère. Cette circonstance, grave sans doute et féconde en résultats sous d'autres rapports, ne saurait enlever à la vente de la chose ses attributs essentiels.

(1) Add. Zachariæ dit aussi § 388 : " La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, soit contre payement d'une somme d'argent, soit moyennant la translation de la propriété d'un objet mobilier ou immobilier. Dans ce dernier cas, le contrat est, sauf les modifications qui résultent de sa nature aléatoire, régi par les principes de la vente."

On lit dans Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 366 : " Le prix peut consister soit dans une somme d'argent, soit dans un meuble ou un immeuble quelconque. Dans ce cas, la constitution de rente viagère a le caractère d'une vente, au moins sous le rapport de l'irrévocabilité, de la part tant du créancier que du débiteur de la rente. En conséquence, ce dernier est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes désignées au contrat, qu'elle qu'en soit la durée, et quelque onéreux que puisse devenir le service de la rente, sans qu'il puisse s'en libérer en aucune manière, même en offrant de restituer le prix (et non le capital : la rente viagère n'en a pas. C'est un véritable achat que le créancier fait de la rente; et la vente, une fois consentie, ne peut plus être résolue par la volonté de l'une des parties), et de renoncer à la répétition des arrérages payés."

[ARTICLE 1901.]

222. Nous disons donc que la vente à fonds perdu, distincte en ce point de la rente viagère ordinaire, est consensuelle, tandis que celle-ci est réelle (1). Si une vente d'immeubles est faite à fonds perdu, elle est parfaite par le consentement, tout aussi bien que si le prix n'était pas une rente viagère. L'acheteur est devenu propriétaire par le seul effet de la volonté, sans le fait matériel de la tradition ; la chose périt pour lui. Il doit les arrérages à partir du contrat. Le décès du vendeur avant même que la tradition ait eu lieu met fin à la rente, et l'acquéreur demeure maître de la chose vendue.

223. Maintenant, veut-on savoir si le contrat de rente viagère est unilatéral ou synallagmatique ? Notre distinction éclaircit la matière et prépare la solution.

Unilatéral quand la rente viagère est constituée à prix d'argent, il devient synallagmatique lorsque la rente viagère n'est que le prix d'un immeuble ou d'objets mobiliers (2).

(1) Add. Cette distinction n'est pas généralement faite. Ainsi, sans faire cette distinction, ce contrat est considéré comme *réel*, par Dufour, n. 275 ; par Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 366.

Dans le sens de Troplong, Mazerat sur Demante, n. 711.

Parlant du cas où il y a vente d'une maison moyennant une rente viagère, ou du cas d'une transaction moyennant une rente viagère, Duranton dit aussi, n. 157 : "Certainement, dans les deux cas que nous avons donnés en exemple, le contrat n'est point réel, mais bien du nombre de ceux qui reçoivent leur perfection du seul consentement des parties, et qu'on appelle, pour cela, dans la doctrine, contrats *consensuels*. Et si l'on disait que dans ces cas, c'est une vente de l'immeuble, une transaction sur l'objet en contestation entre vous et moi, nous répondrions qu'on peut tout aussi bien considérer le contrat comme une constitution de rente que comme une vente ou une transaction, puisque les parties ont bien pu, en effet, l'envisager ainsi. Le code lui-même fait prédominer le caractère et les effets du contrat de rente, puisqu'il ne permet pas de demander la résiliation du contrat et la restitution de l'immeuble pour le seul défaut du payement des arrérages, tandis qu'il permet très-bien au vendeur de demander la résiliation du contrat et la restitution de l'immeuble pour défaut de payement du prix."

(2) Add. Ce contrat est en général considéré comme unilatéral. Ainsi

[ARTICLE 1901.]

224. La rente viagère, quelle que soit la manière dont elle est constituée, appartient à la classe des meubles.

Dans l'ancien droit français, ce caractère mobilier ne lui était pas universellement attribué (1). Aujourd'hui, il ne saurait plus y avoir d'hésitation à cet égard (2). La rente viagère est meuble, quand même elle aurait pour sûreté une hypothèque.

225. Ceci posé, faut-il décider qu'en tant que meuble, elle doit tomber en communauté par l'effet du mariage? ou bien doit-on admettre la présomption que l'époux, propriétaire de cette rente, a entendu qu'il ne fournirait à la communauté que les arrérages échus pendant le mariage, le capital de la rente lui restant nature de propre ?

L'intérêt de cette question est grave. Si la rente entre en communauté, il faudra qu'à la dissolution du mariage l'époux survivant qui l'a apportée la partage avec les héritiers de l'autre époux prédécédé. Si au contraire la rente viagère n'entre en communauté que pour les arrérages et non pour le capital, l'époux survivant qui en était propriétaire lors du mariage la reprendra à la dissolution pour en jouir exclusivement.

Dans le sens de la première opinion, on peut consulter une dissertation de Toullier (3), dans laquelle des doctrines hasardées se trouvent mêlées avec de très-spécieux arguments. Ecartons toute la partie de cette dissertation que repousse une saine critique, et attachons-nous à ce qui surnage de plausible.

s'en expliquent Dufour, n. 275, d'après Pothier, n. 219 et 221 ; Dalloz, v° *Rente*, sect. III, n. 4.

On lit dans Zachariæ, § 388 : " Une rente viagère peut être constituée soit à titre gratuit par donation entre-vifs ou par testament, soit à titre onéreux. Mais l'acte qui l'établit n'appartient que dans ce dernier cas à la classe des contrats synallagmatiques parfaits."

(1) Pothier, n. 249 ; Duparc-Poullain, tome III, page 98, n. 80.

(2) Art. 529 du code civil *Suprà Prêt*, n. 447.

(3) T. XII, n. 110.

La rente viagère, dit Toullier, quoique n'ayant pas le caractère de pension alimentaire, n'est pas moins attachée par sa nature à la personne au profit de qui elle a été créée. Elle est mesurée sur la vie de celle-ci ; elle dépend de son existence ; elle est destinée à lui assurer de l'aisance dans ses derniers jours. Peut-on supposer, dès lors, que, par l'effet seul du mariage en communauté, et sans stipulation expresse, le crédirentier a entendu s'en dépouiller ? Rien ne serait plus contraire à la nature des choses et à toutes les probabilités reçues en cette matière.

Nous répondons en deux mots : L'article 529 du code civil, combiné avec l'article 1401, a averti l'époux que la rente viagère est un meuble qui, de droit, tombe dans la communauté. Pourquoi, en personne prudente, ne l'en a-t-il pas exceptée ?

J'admets qu'il y a quelque chose de personnel dans la rente viagère : néanmoins, elle est cessible (1). Or, qui ne sait que la mise en communauté renferme une cession, une aliénation (2) ?

226. Pour constituer une rente viagère à titre onéreux, les parties peuvent employer la forme de l'acte sous seing privé aussi bien que la forme solennelle des actes notariés (3).

227. Et comme le contrat de constitution de rente viagère est unilatéral lorsqu'il a pour prix un capital en argent, il suffit que l'acte soit signé par le constituant ; il n'est pas nécessaire qu'il soit fait double (4).

C'est ce qu'a décidé la cour royale d'Angers par un arrêt du 18 février 1837 (5), dans lequel je lis ce considérant :

(1) *Infrà*, sur l'art. 1981.

(2) *Junge* Duranton, t. XIV, n. 125.

(3) Pothier, n. 243.

(4) Add. " Mais il doit être fait en double original, dit Duranton, n. 157, s'il y a vente d'immeuble ou transaction moyennant une rente viagère."

(5) Dalloz, XXXIX, 2, 138 ; Devill., XXXIX, 2, 426.

" Attendu que la constitution d'une rente viagère, *quand*
" *elle est le prix d'une somme d'argent*, peut être régulièrement
" faite par acte unilatéral, signé seulement de celui qui
" prend l'engagement de la servir, et qui est, de fait, la seule
" partie qui s'oblige."

La cour se trompe quand elle dit que la rente viagère est le prix de la somme d'argent. Elle renverse l'ordre des rapports et des idées. C'est la somme d'argent qui, au contraire, est le prix de la rente viagère. Mais, au fond, son considérant est juridique. Il rentre dans les principes exposés ci-dessus, n. 216, 223 et suivants.

228. L'acte sous seing privé par lequel on constitue une rente viagère doit être enregistré pour faire foi de sa date à l'égard des tiers.

Pour comprendre l'étendue de cette proposition, il faudra se reporter à ma dissertation sur les ayant cause, dans mon *Commentaire des Hypothèques* (1), et aux réflexions auxquelles nous nous livrons plus bas aux n. 277 et suivants.

On va voir maintenant les conséquences du défaut d'enregistrement. L'exemple suivant est remarquable :

Dugrand-Launay souscrit un acte sous seing privé, par lequel il constitue une rente viagère de 212 francs au profit de Dugrez, son jardinier, moyennant un capital de 2,600 francs. Cet acte porte la date apparente du 6 janvier 1835 ; il n'est signé que par Dugrand-Launay seul, Dugrez ne sachant pas écrire ; il y est stipulé que la rente prendra cours de ce jour.

L'écrit resta entre les mains du constituant. Il ne fut enregistré que le 12 juillet 1838, après le décès de Dugrez.

Les héritiers de ce dernier actionnèrent Dugrand-Launay en remboursement des 2,600 francs, soutenant que le prétendu acte de constitution de rente viagère était postérieur au décès du crédirentier ; qu'ainsi la constitution était nulle et sans effet, aux termes des articles 1974 et 1975 du code civil.

(1) N° 536.

Dugrand-Launay offrit de prouver par la preuve testimoniale que la constitution de rente remontait à une époque antérieure au décès de Dugrez. Mais il n'y fut pas reçu, et, par arrêt du 18 février 1837, la cour royale d'Angers décida très-bien que la véritable date pour les tiers était celle du jour de l'enregistrement (1).

Comment, en effet, aurait-on pu se dispenser d'appliquer à la cause l'article 1328 du code civil ? Ceux qui contestaient la date de l'acte sous seing privé n'étaient pas les héritiers de celui qui l'avait signé ; ils se présentaient comme ayants cause d'une personne qui n'avait pas constaté sa participation à l'acte par sa signature. Ils étaient donc tiers dans toute l'étendue et dans toute l'énergie du mot (2).

Je fais observer, du reste, qu'il faut se garder de confondre l'espèce jugée par cet arrêt d'Angers avec les hypothèses dont nous parlerons bientôt aux n. 277 et suivants. Dans celles-ci, on s'apercevra que toute la difficulté vient de ce que les personnes qui contestent la date de l'acte sont héritières de l'une des parties qui l'a signé ; et dès lors l'application de l'article 1328 soulève des objections qui n'existent pas dans notre cas actuel.

229. Quand la rente viagère n'est que le prix et la charge d'une aliénation, l'acte est soumis aux formalités ordinaires en matière de vente.

230. Nous venons de parler d'une rente viagère constituée à titre onéreux. Avant de passer aux deux articles suivants qui traitent de la rente viagère constituée à titre gratuit, nous avons à présenter une observation qui s'applique aux unes et aux autres.

C'est que la rente viagère, sous le rapport de la qualité du revenu qu'elle procure, est absolument semblable à la rente constituée, si ce n'est qu'elle est périssable, tandis que la rente constituée est perpétuelle. Ainsi donc, de même que

(1) Devill., XXXIX, 2, 426 ; Dalloz, XXXIX, 2, 138.

(2) Add. Op. conf. de Dalloz, v° *Rente viagère*, n. 13.

la rente perpétuelle, elle doit consister en une somme fixe en argent, ou en une quantité déterminée de fruits, annuellement payable en un ou plusieurs termes. Le mot rente, bien que la grammaire le fasse dériver de *reditus*, qui embrasse d'une manière générale tout revenu quelconque des choses, n'a pas une signification si étendue dans la langue du droit. Il se prend en jurisprudence pour une redevance ou une prestation périodique et cessible, réduite à une quantité fixe, précise, déterminée.

Il suit de là que le contrat de rente viagère ne doit pas être confondu avec la convention par laquelle une partie s'assurerait, moyennant un prix, la nourriture, le logement et le vêtement jusqu'à la fin de sa vie. Cette dernière convention est un bail à nourriture; elle ne se règle pas par les principes particuliers à la rente viagère (1).

(1) Voy., *infrà*, un exemple de ceci, sur l'art· 1978, n. 316.

Add. Championnière et Rigaud caractérisent ainsi, n. 1504, les différences qui existent entre le bail à nourriture et le contrat de rente viagère : " La rente viagère offre des points de similitude avec le bail à nourriture : ainsi l'une et l'autre de ces conventions ont le même objet, surtout si la rente viagère est alimentaire. La ressemblance est plus grande encore lorsque cette rente est payable en denrées propres à la nourriture ou à l'entretien. Mais elles diffèrent : 1° en ce que le bail à nourriture comporte l'obligation de nourrir, de loger, de vêtir, chauffer, éclairer, etc., *cibaria, vestitus et habitatio, quia sine his ali corpus non potest.* L. 6, ff., *de alim.* La rente alimentaire ne consiste que dans la fourniture d'une certaine quantité de denrées d'une espèce déterminée, suffisante ou non pour les besoins du créancier; 2° le bail à nourriture tient du droit d'usage ; la personne nourrie doit consommer elle-même ce qui lui est donné ; elle peut exiger tous les aliments qui lui sont nécessaires. Le crédi-rentier peut vendre les choses qu'il reçoit en payement de la rente, et ne peut rien réclamer au delà de la quantité fixée."

Nous avons eu à rechercher les éléments constitutifs de la rente viagère dans l'espèce suivante :

La veuve Borremans, née Crabbe, vend aux époux Cammaert un petit héritage moyennant 800 francs 50 centimes laissés entre les mains des acquéreurs à titre d'alimentation, ceux-ci s'obligeant à nourrir, blanchir, chauffer, vêtir et entretenir la venderesse sa vie durant, tant

en santé qu'en état de maladie, et de lui fournir, dans ce dernier cas, les médicaments et secours nécessaires avec logement, ou de lui payer, si elle le voulait, comme indemnité de l'obligation susmentionnée, 2000 livres de charbon par an, des légumes et 30 centimes par jour, et de pourvoir aux funérailles de la venderesse. De plus, cette vente fut faite à charge d'une rente de 25 francs 40 centimes hypothéquée sur la propriété.

Un procès s'engage et il s'agit d'apprécier ces stipulations pour savoir si le contrat peut être résolu à défaut d'exécution. Le tribunal et la cour de Bruxelles jugent que cet acte ne renferme pas les éléments de la rente viagère. On se pourvoit en cassation.

Sur ce point de la contestation nous avons dit :

" L'art. 1968 du code civil n'a point défini la rente viagère ; il dit bien quel en est l'équivalent, quel en est le *prix ;* il faut que ce soit une somme d'argent, ou une chose mobilière appréciable, ou un immeuble. Quant à la rente viagère, l'article se borne à dire : " La rente viagère *peut être constituée,*" il ne dit pas en quoi elle doit consister. Mais la doctrine avait dit avant le code : " Elle peut être constituée en *argent* ou en *denrées.*" Y a-t-il quelque chose de *limitatif* dans cette énonciation ? C'est ce qu'il faut rechercher.

" La matière des rentes est vulgaire dans le droit : la rente viagère est une *prestation* périodique, qui doit être fournie pendant la vie seulement de celui à qui elle est due. La périodicité est de son essence, l'objet dans lequel consiste cette prestation doit être *fixe et déterminé* en ce sens que c'est la même quantité qui doit être périodiquement prestée à titre de rente.—La *fixité* est donc un des éléments de cette dette qui est représentative de l'intérêt (art. 1909 et 1910 du code civil.). Il est de sa *nature,* sinon dans son essence, de constituer en faveur du crédirentier un droit utile, qui soit pour lui *in bonis,* dont il puisse disposer ; qui soit *cessible* en un mot. Ainsi comme élément de cette rente nous rencontrons la *fixité,* la *périodicité,* la *cessibilité,* toutes conditions qui se retrouvent dans les autres rentes.—Or, dans l'espèce, nous cherchons en vain dans l'acte intervenu entre la veuve Borremans et les époux Cammaert, la *périodicité,* la *fixité* et la *cessibilité* de ce qui faisait l'objet de la prestation à fournir par l'obligé. Cette proposition, qui n'est pas nôtre, a cependant besoin de développements et de démonstration.

" La fixité est ici un élément essentiel : le mot *rente* à lui seul présente l'idée d'une prestation périodique de même nature, mais en outre l'*indétermination* de la rente serait un obstacle à la mise en action des principes qui garantissent l'exécution du contrat. D'après l'art. 1978, lors-

que le débirentier n'acquitte pas son obligation, le crédirentier n'a que le droit de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner sur le produit l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages; or si la prestation est indéterminée,comment pourrait-on appliquer cette disposition ? La *fixité*, la *détermination* de la prestation est donc un élément essentiel du contrat. Or tout est incertain quand il s'agit de l'*obligation de faire*, de l'obligation de *prester des soins* en état de santé, en état de maladie. Le juge ne saurait comment appliquer l'art. 1978. Sous ce rapport il est exact de dire avec l'arrêt attaqué que la prestation doit être appréciable.

" Sous un autre rapport il est de la nature de la rente viagère de pouvoir être servie par d'autres que par le débirentier, c'est-à-dire de pouvoir être acquitté par les héritiers de celui-ci, par un autre que celui-ci. L'article 1978 lui-même en est une première preuve. Or, quand il s'agit de logement, de nourriture, de soins à recevoir, la considération des personnes devient prédominante. On ne peut dire qu'il soit dans l'intention de celui qui *achète* la rente viagère de recevoir la prestation de tous indistinctement. Ce sont des motifs de confiance et d'affection qui ont dicté une semblable convention. On ne peut alors donner à cette convention la qualification de *rente viagère*, puisqu'il est de la nature de celle-ci de pouvoir être acquittée par tous (article 1237 du code civil).

" Quant à la *cessibilité*, cette condition doit être accomplie tant *activement* que *passivememt* ; *activement* pour que le crédirentier y puise un des attributs utiles de la propriété ; *passivement* pour qu'il y trouve le moyen de remplir ses propres obligations (article 2092 du code civil) : sauf le cas de constitution à titre gratuit, la rente viagère ne peut être stipulée *insaisissable* (art. 1981 du code civil). Or, s'il s'agissait, dans l'espèce, d'une rente viagère elle serait en réalité insaisissable. Les créanciers de la *crédirentière* ne pouvaient en effet tirer aucun parti du droit *personalissime* que s'était créé la veuve Borremans. On ne peut donc qualifier de *rente viagère* une convention qui répugne aux conditions permises à un semblable contrat.

" C'est pour cela que les auteurs qui ont écrit sur la rente viagère se sont bornés à dire qu'elle pouvait consister en *argent* ou en *denrées*, ce qui supposait la réunion possible des divers éléments que nous venons de parcourir, et d'après ce que nous venons de voir, cette définition était, par la *nature des choses*, exclusive d'une *prestation* qui consistait en *fait seulement*. Les éléments essentiels que nous venons de parcourir ressortent donc, par voie analytique, des dispositions du code sur la matière.

" Ce qui démontre au surplus qu'un contrat de l'espèce de celui dont il

s'agit au procès ne peut constituer un contrat de rente viagère, c'est que l'on connaissait en France avant le code, sous le nom de *baux à nourriture*, des conventions de la nature de celle qui a fait l'objet de cet acte.

" Cette sorte de convention est rappelée dans les lois du 5-19 décembre 1790, et du 22 frimaire an VII, art. 69, ℥ n. 2, et dans l'art. 69, ℥ 5, no. 2.—Deux auteurs justement estimés (Championnière et Rigaud, t. II, n. 1504) qualifient ainsi ce contrat : " Le code civil n'en a point parlé, non plus " que des baux pour la nourriture des majeurs ; ces sortes de contrats " tiennent à la fois du louage d'ouvrage, du louage des choses et des " marchés pour fournitures ; il y a *louage d'ouvrage*, parce que la con- " vention exige des soins plus ou moins actifs suivant l'âge et l'état de " santé de la personne à nourrir ; il y a *bail de choses*, parce que le con- " trat comprend le logement ; enfin il y a *marché pour fournitures* dans " l'obligation de fournir tout ce qui constitue les aliments et l'entre- " tien."—Legrand, sur Troyes, tit. II, art. 21, n. 45 et suivants, rappelle que ce contrat était fréquemment employé dans l'intérêt des mineurs.

" Le contrat de rente viagère, à l'époque de la loi du 22 frimaire an VII, existait dans le droit avec ses caractères spécifiques à côté de la convention dite *de bail à nourriture*. Ces deux contrats, différents avant le code, sont restés différents depuis sa promulgation.

" Les auteurs cités par le défendeur, à l'appri de son système, reconnaissent unanimement que là où il y a bail à nourriture il ne peut y avoir rente viagère. Nous pouvons nous borner à vous rappeler les raisons de différence que signalent Championnière et Rigaud, n. 1504."

" Arrêt. —La cour, ouï M. le conseiller Peteau en son rapport et sur les conclusions de M. Delebecque, avocat général ;

" Sur le premier moyen, consistant dans la fausse interprétation et la violation de l'art. 1700 du code civil, et dans la contravention expresse à l'art. 1699 du même code, en ce que l'arrêt attaqué a repoussé la demande en retrait du droit litigieux cédé par l'acte du 9 juillet 1818 ;

" Attendu que l'art. 1700 du code civil, contenant une disposition exceptionnelle au droit commun et restrictive de la liberté des transactions, doit être renfermé dans les limites qu'il a lui-même établies ;

" Attendu que cet article ne considère comme droit litigieux passible du retrait celui qui est l'objet d'une cession, qu'autant qu'à l'époque où celle-ci a eu lieu, il y avait tout à la fois procès et contestation sur le fond du droit ;

" Attendu que les points de savoir si une contestation existait et si elle portait sur le fond du droit, ne peuvent être appréciés que d'après la résistance opposée par le défendeur à l'action, et d'après les moyens de défense qu'il y oppose ; de sorte que si à l'époque de la cession le

défendeur n'avait manifesté par aucun acte l'intention de ne pas obtempérer à la demande, et s'il n'avait fait valoir aucun moyen de défense contre l'action intentée contre lui, on ne peut dire qu'il y avait alors contestation ni que celle-ci existait sur le fond du droit et le mettait en péril ; que dès lors on ne peut considérer les droits cédés comme litigieux ;

" Attendu qu'il est constaté en fait par l'arrêt attaqué que lors de l'acte du 9 juillet 1818, contenant cession faite par Anne-Marie Crabbe, en faveur des défendeurs en cassation ou de leurs auteurs, de tous les droits qu'elle avait à la résiliation du contrat du 25 juillet 1810, les droits cédés n'étaient pas encore contestés par le demandeur en cassation, qu'il ne les a même contestés qu'après avoir gardé le silence pendant vingt-quatre ans sur l'action qui lui avait été intentée par la dite Anne-Marie Crabbe ; qu'il suit de tout ce qui précède, qu'en écartant la demande en retrait, l'arrêt attaqué n'a pas contrevenu aux art. 1699 et 1700 précités et qu'il a, au contraire, fait une saine interprétation de l'art. 1700 du code civil.

" Sur le deuxième moyen, tiré de la fausse application de l'article 1977 du code civil et de la violation des art. 1978 et 1979 du même code, en ce que l'arrêt a prononcé la résiliation du contrat du 25 juillet 1810, lorsque le seul défaut de payement des arrérages d'une rente viagère n'autorise pas à demander la résiliation du contrat qui la constitue ;

" Attendu que bien que le code civil n'ait pas, dans une définition de la rente viagère, précisé les éléments essentiels qui la constituent, il résulte néanmoins des art. 1909, 1910 et 1980 de ce code, que les arrérages de cette rente tiennent nature d'intérêt et s'acquièrent jour par jour ; qu'ainsi l'un de ses caractères sous le rapport du revenu que cette rente procure, est de consister dans une redevance annuelle ou périodique, soit d'une somme fixe, soit tout au moins dans une quotité précise et déterminée de choses fongibles, appréciables : qu'il résulte également de l'art. 1981 du même code, que la rente viagère est essentiellement cessible, sauf le cas où, ayant été constituée à titre gratuit, elle peut être stipulée insaisissable ; de sorte qu'on ne peut considérer comme renfermant une constitution de rente viagère la convention par laquelle une partie, au moyen d'une somme ou d'un immeuble qu'elle reçoit, s'oblige envers l'autre partie à lui fournir sa vie durant, non certaine redevance fixe et déterminée, mais des prestations qui peuvent varier suivant les circonstances ;

" Attendu que la convention avenue le 25 juillet 1810 entre les auteurs du demandeur et la veuve Crabbe, n'offre point les caractères de fixité et de cessibilité que les différentes dispositions de loi précitées

reconnaissent à la rente viagère ; que les diverses prestations auxquelles Luc Cammaert et son épouse s'étaient obligés envers la veuve Crabbe durant sa vie pour le prix de l'immeuble et des droits qu'elle leur avait cédés ne consistaient ni en des sommes fixes, ni uniquement en une qualité précise et déterminée de choses fongibles, mais bien encore en diverses prestations de faits personnels non succeptibles d'être appréciés en argent, ni d'être acquittés par des tiers contre le gré des créanciers, aux termes de l'article 1237 du code civil ;

Attendu que l'art. 1978 de ce code, en soustrayant le contrat de rente viagère aux règles du droit commun établies par l'article 1184 pour le cas d'inexécution dudit contrat par simple défaut de payement des arrérages de la rente, n'a néanmoins pas voulu que le débiteur pût à son gré se dispenser de l'exécuter ; qu'il a tracé d'autres règles pour parvenir à son exécution ; que ces règles doivent nécessairement pouvoir s'appliquer à toute obligation constituant une rente viagère ; d'où il suit que si une obligation comme celle de l'espèce actuelle n'est pas susceptible de l'application des règles établies par l'art. 1978, on peut en conclure que cette obligation ne constitue pas une rente viagère ;

" Attendu que dans l'espèce les soins que la veuve Crabbe avait stipulés pour le cas de maladie formaient une obligation de nature à ne pouvoir être acquittée par un tiers sans le consentement de la créancière ; que de plus, ces soins et les frais de maladie, pouvant varier chaque année, nc pouvaient être appréciés ni représentés par une somme fixe et déterminée, ni par suite rentrer dans les mesures d'éxécution établies par l'art. 1978 ; qu'il résulte donc que la convention du 25 juillet 1810 ne renferme pas une constitution de rente viagère ; qu'elle n'est qu'une convention innomée soumise, aux termes de l'art. 1107 du code civil, aux règles générales du titre III, concernant les contrats et les obligations conventionnelles en général ; que, partant, l'arrêt attaqué, en prononçant la résolution de cette convention à défaut d'exécution de la part du débiteur, n'a pu contrevenir aux articles 1978 et 1979, et qu'il a fait à l'espèce une juste application des articles 1107 et 1184 du code civil ;

" Par ces motifs, rejette le pourvoi, condamne le demandeur à l'amende de 150 francs et aux frais de l'instance en cassation, et à pareille somme de 150 francs pour indemnité envers le défendeur." 7 fév. 1846, cour de cass. de Belgique.

[ARTICLE 1902.]

1902. La rente peut être soit sur la tête de la personne qui la constitue ou qui la reçoit, ou sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir.

1902. The rent may be upon the life of the person who constitutes it, or who receives it, or upon the life of a third person who has no right to the enjoyment of it.

---

* *C. N.* 1971. } La rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers, qui n'a aucun droit d'en jouir.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, *n*° 216-232. } 216. Le contrat de constitution de rente viagère, lorsque la rente excède le prix légitime des intérêts de l'argent, est, de même que le contrat de rente perpétuelle, une espèce de contrat de vente, par lequel vous me vendez une rente viagère, dont vous vous constituez débiteur pour le prix d'une certaine somme d'argent que vous recevez de moi.

217. Ce contrat, de même que le contrat ordinaire de vente, est du nombre des contrats intéressés de part et d'autre, et dans lesquels chacune des parties entend recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne, soit en quelque chose de réel, soit en risque ou en espérance ; car, dans ce contrat, le constituant reçoit la somme qui lui est payée pour l'équivalent de la rente dont il se constitue le débiteur envers l'autre contractant ; et celui-ci reçoit cette rente comme l'équivalent de l'argent qu'il paie pour l'acquérir. Observez qu'il faut pour cela que cette rente excède assez l'intérêt légitime de l'argent, pour qu'elle puisse être réputée le prix et l'équivalent, non-seulement de la jouissance, mais du fonds même de cet argent, qui doit demeurer à toujours au constituant.

218. Ce contrat est du nombre des contrats aléatoires ; car, lorsque la personne sur la tête de qui la rente a été constituée, meurt peu après le contrat, le constituant a donné en

équivalent de la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, le risque qu'il a couru de payer longtemps la rente, si cette personne eût vécu longtemps ; et, *vice versâ*, lorsque la rente ayant duré trop longtemps, celui à qui la rente a été constituée, a reçu beaucoup plus que le principal et les intérêts de la somme qu'il a donnée pour le prix de la constitution, il est censé avoir reçu cet excédant, comme l'équivalent du risque qu'il a couru de perdre cette somme, si lui, ou un autre sur la tête de qui la rente a été constituée, fût mort peu après le contrat.

219. Lorsque la rente n'excède pas l'intérêt légitime de l'argent, le contrat est censé renfermer une donation qui est faite au constituant de la somme d'argent qu'il reçoit, sous la réserve de la jouissance pendant le temps que doit durer la rente, pour le prix de laquelle jouissance le constituant s'oblige à payer la rente.

220. Cette donation étant d'une somme de deniers, elle reçoit toute sa perfection et sa consommation par la tradition réelle des deniers qui est faite lors du contrat : il n'est pas besoin que l'acte soit conçu dans la forme des donations, ni qu'il soit insinué ; une donation de deniers, lorsqu'il y a tradition réelle de deniers, pouvant se faire même sans qu'il en soit passé aucun acte. La constitution de rente n'est pas la donation même, mais la charge sous laquelle le don a été fait au constituant, et l'acte ne se passe que pour la preuve de cette charge.

221. Le contrat de constitution de rente viagère, non-seulement lorsqu'il ne renferme qu'une donation, mais même lorsqu'il renferme une vente, est, de même que le contrat de constitution de rente perpétuelle, un contrat réel, qui n'est parfait que par le paiement de la somme convenue pour le prix de la constitution. Ce n'est que du jour du paiement de cette somme que l'obligation du constituant est contractée, et que la rente commence à courir (1).

(1) Nous ne voyons pas pourquoi les obligations ne naîtraient pas *solo consensu*, et avant le paiement. (BUGNET).

[ARTICLE 1902.]

222. Ce contrat est, de même que le contrat de constitution de rente perpétuelle, un contrat unilatéral, n'y ayant que le constituant qui s'oblige par ce contrat (1).

223. Les contrats de constitution de rente viagère peuvent se faire sur la tête d'une ou de plusieurs personnes.

Ces rentes ordinairement se constituent sur la tête de celle des parties contractantes au profit de qui la constitution est faite : elles se constituent néanmoins quelquefois sur la tête d'une autre personne. C'est pourquoi on doit distinguer dans le contrat la personne à qui la rente est constituée, et celle sur la tête de qui elle est constituée ; car, quoique ordinairement ce soit la même personne, ce sont quelquefois des personnes différentes.

224. Il est évident qu'il est de l'essence du contrat de constitution de rente viagère, qu'il y ait une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée. C'est pourquoi si vous m'avez constitué une rente viagère sur la tête de mon fils dont j'ignorais la mort, pour une certaine somme que je vous ai payée pour le prix de la constitution, le contrat de constitution est nul de plein droit ; en ce cas, j'aurai la répétition de la somme que je vous ai payée, *condictione sine causâ.*

225. *Quid*, si, lors du contrat, la personne sur la tête de qui la rente a été constituée était vivante à la vérité, mais dangereusement malade d'une maladie ignorée des parties lors du contrat, et dont cette personne est morte peu après ?

Le contrat sera nul par une autre raison, qui est que, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 18, l'erreur annulle le contrat, lorsqu'elle tombe sur la qualité substantielle de la chose que les contractants ont eue principalement en vue ; comme lorsqu'on a vendu pour des chandeliers d'argent des chandeliers qui n'étaient qu'argentés. Or, dans le cas proposé, l'erreur des parties contractantes

(1) En admettant que ce contrat est consensuel, il sera également synallagmatique, celui qui acquiert la rente étant obligé de fournir la valeur par lui promise, et le débiteur de la rente étant obligé d'en acquitter les arrérages. (BUGNET).

est de cette espèce ; car la rente que le constituant se proposait de vendre, et que l'autre partie se proposait d'acheter, était une rente sur la tête d'une personne en santé, et de qualité à pouvoir avoir une durée un peu considérable, et non une rente sur la tête d'un moribond, qui ne pouvait durer, qui n'était d'aucune valeur, et dont on n'aurait pas osé proposer l'acquisition, si on eût eu connaissance de la maladie.

226. Lorsque la rente est constituée sur la tête d'une autre personne que celle au profit de qui elle est constituée, la personne sur la tête de qui elle est constituée, n'acquiert aucun droit par le contrat ; non-seulement elle n'a pas droit d'en exiger les arrérages, elle n'a pas même de qualité pour les recevoir, et le paiement qui lui en serait fait ne serait pas valable : elle n'est désignée au contrat uniquement que pour régler la durée de la rente sur celle de sa vie.

C'est pourquoi il n'importe quelle soit la personne sur la tête de qui la rente est constituée ; elle peut l'être même sur la tête d'une personne qui aurait perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation au bannissement perpétuel, ou autre peine capitale. Il n'y aurait même aucune répugnance que la rente fût constituée sur la tête du constituant qui s'oblige par ce contrat.

227. Enfin il est de l'essence de ce contrat, de même que d'un contrat de constitution de rente perpétuelle, que l'acquéreur de la rente aliène l'argent qu'il a payé pour le prix de la constitution, et qu'il ne puisse le répéter du constituant.

Il aliène même bien plus parfaitement que l'acquéreur d'une rente perpétuelle ; car celui-ci, quoiqu'il ne puisse exiger cet argent, conserve néanmoins l'espérance de le recouvrer du constituant, ou des successeurs à l'obligation du constituant, qui ne peuvent jamais être quittes de la rente qu'en le remboursant ; au lieu que l'acquéreur d'une rente viagère n'a pas même d'espérance que le prix de l'argent qu'il a payé pour le prix de la constitution, lui soit jamais rendu par le constituant ou ses successeurs, lesquels, sans le rem-

bourser, doivent être un jour quittes de la rente par la mort de la personne sur la tête de qui elle est constituée.

228. Quoique l'acquéreur d'une rente soit perpétuelle, soit viagère, ne puisse pas ordinairement répéter la somme qu'il a payée pour le prix de la constitution, néanmoins il le peut en certains cas ; savoir, lorsque le constituant ne satisfait pas aux conditions sous lesquelles la constitution a été faite.

Par exemple, si par le contrat il s'est engagé de donner incessamment une caution pour la prestation de la rente, et qu'il n'en donne pas ; s'il s'est engagé d'employer l'argent qu'il a reçu pour le prix de la constitution, au paiement du prix de l'acquisition de quelque héritage, ou au paiement de ce qu'il devait à quelque ancien créancier, pour procurer à l'acquéreur de la rente la subrogation aux droits et hypothèques du vendeur ou de l'ancien créancier, et qu'il ait manqué à faire cet emploi, et à procurer à l'acquéreur de la rente la subrogation : pareillement si la déclaration qu'il a faite que les biens qu'il hypothéquait à la prestation de la rente, n'étaient pas sujets à d'autres hypothèques, se trouve fausse ; dans tous ces cas, faute par le constituant d'exécuter les conditions du contrat, l'acquéreur de la rente peut demander la résolution du contrat, et répéter la somme qu'il a payée.

Tout ce que nous avons dit à cet égard touchant les constitutions de rentes perpétuelles, reçoit application aux constitutions de rentes viagères.

229. Observez néanmoins deux choses à cet égard, qui sont particulières au contrat de constitution de rente viagère :

La première est que, dans le cas d'inexécution des conditions du contrat, si, avant que l'acquéreur s'en soit plaint, et qu'il ait donné la demande à fin de résolution du contrat et de restitution de la somme, la rente vient à s'éteindre par la mort de la personne sur la tête de qui elle était constituée, l'acquéreur et ses héritiers ne sont plus recevables à s'en plaindre, n'ayant plus d'intérêt à l'exécution de ces conditions, puisque la rente ne subsiste plus.

Il faut dire la même chose, quand même l'acquéreur aurait donné la demande, et conclu à la résolution du contrat, si la mort, qui doit éteindre la rente, arrive avant que le juge ait statué sur la demande, et ait prononcé la résolution du contrat.

La raison est que la résolution du contrat ne se fait pas de plein droit par l'inexécution des conditions ; il faut qu'elle soit ordonnée par le juge : jusque-là le constituant est admis à purger sa demeure, et peut, en satisfaisant aux conditions et offrant les dépens, se faire renvoyer de la demande.

Par la même raison, il peut s'en faire renvoyer lorsque la mort à éteint la rente avant que la résolution du contrat ait été ordonnée ; car l'acquéreur n'ayant plus d'intérêt à l'exécution des clauses, ne peut plus persister à demander la résolution du contrat, faute d'exécution des dites clauses.

230. La seconde chose qui est à observer est que, lorsque la rente viagère est plus forte que l'intérêt légitime de l'argent, les arrérages, en ce qu'ils excèdent ce taux, étant le prix du risque de gagner ou de perdre que courent les parties, la rente doit, du jour que la résolution du contrat a été ordonnée par un jugement qui n'a point été suspendu par appel, cesser de courir sur le pied qu'elle a été constituée ; elle ne doit plus courir, depuis le jugement, que sur le pied du denier vingt ; car, dès que le constituant est condamné, le risque est cessé : l'acquéreur ne peut donc plus en percevoir le prix ; il ne peut plus demander que le dédommagement de la privation de la jouissance de son argent, c'est-à-dire les arrérages au taux du denier vingt, qui est le prix le plus cher de la jouissance de l'argent.

A l'égard des arrérages qui ont couru jusqu'au jour de la résolution du contrat, ils sont dus à l'acquéreur tels qu'ils ont été convenus ; car ils sont le prix du risque, et le risque a eu lieu jusqu'à la résolution du contrat.

231. Il y a encore une différence entre la rente perpétuelle et la rente viagère.

[ARTICLE 1902.]

Lorsqu'un héritage hypothéqué à une rente est vendu par décret, le créancier hypothécaire d'une rente perpétuelle qui a formé opposition au décret, et qui se trouve en ordre d'hypothèque pour recevoir, a toujours droit d'exiger la somme entière qu'il a payée pour acquérir la rente, et qui en fait le principal.

Il n'en est pas de même d'une rente viagère : comme ces rentes n'ont pas de principal, et que leur valeur diminue beaucoup par le temps, à mesure que la personne sur la tête de qui la rente est créée, devient plus âgée et plus infirme, le créancier de cette rente ne peut pas toujours exiger toute la somme qu'il a payée pour l'acquérir, mais seulement celle qui, au temps de la confection de l'ordre, sera estimée suffisante pour acquérir à ce créancier une rente viagère de pareille somme.

Si le créancier de la rente viagère ne se contente pas de cette somme, il peut demander que les créanciers derniers recevant, qui seront colloqués en ordre après lui,soient tenus de faire sur les deniers qu'ils auront à recevoir, un emploi qui produise un revenu suffisant pour répondre de la rente viagère tant qu'elle durera, si mieux ils n'aiment se charger eux-mêmes de la payer, et de donner pour cet effet bonne et suffisante caution.

232. Enfin observez une dernière différence sur cette matière entre les rentes perpétuelles et les viagères, qui est que la caution d'une rente perpétuelle peut poursuivre le débiteur au bout d'un certain temps, pour lui en rapporter décharge ; au contraire, ceux qui se sont rendus cautions pour une rente viagère, ne peuvent obliger le débiteur à les décharger de ce cautionnement tant que la rente dure ; parce qu'étant de la nature de ces rentes de n'être pas rachetables, et de ne pouvoir s'éteindre que par la mort des personnes sur la tête desquelles elles sont créées, la caution, en subissant le cautionnement, a dû s'attendre à demeurer obligée pendant tout ce temps.

8 *Marcadé, sur arts. 1971-1972 C. N.* I.—685. La rente viagère étant une opération dont l'existence et la durée sont réglées, comme son nom l'indique, sur la vie d'une personne, il est indispensable que l'acte de constitution contienne, implicitement ou explicitement, l'indication de la personne dont la vie donnera la mesure de la durée de la rente. Les arts. 1971 et 1972 sont écrits en vue de cette indication ; c'est aussi l'objet des arts. 1974 et 1975 expliqués plus loin (*infrà*, n. 703 et suiv.)

686. La rente est constituée habituellement sur la tête de la personne appelée à en recueillir le bénéfice, c'est-à-dire du crédi-rentier ou acquéreur de la rente. « L'usage le plus ordinaire, dit le tribun Duveyrier, est que la rente viagère soit constituée sur la tête de celui qui l'acquiert et qui en paye le prix. C'est la conséquence naturelle de son objet d'être attachée à la vie même qu'elle est chargée d'entretenir. » Précisément parceque c'est là le cas le plus fréquent, c'est celui qui, en l'absence de toute stipulation, doit être présumé avoir été dans l'intention des parties : ainsi, quand je m'engage à servir une rente viagère de tant à un tel, sans autre explication, c'est comme si j'avais dit que je m'oblige à lui servir cette rente pendant sa vie.

687. La rente viagère peut aussi être constituée sur la tête d'un tiers qui n'a aucun intérêt au contrat : ainsi, pour dispenser le créancier de produire des certificats de vie, on peut placer la rente sur la tête d'un personnage illustre, d'un souverain. La stipulation n'a rien qui s'écarte des conditions juridiques : de même qu'il est permis de faire dépendre la résolution d'une convention quelconque de la mort d'un tiers, de même aussi doit-il être permis d'insérer la condition dans l'acte de constitution d'une rente viagère.

Dans ce cas, la personne qui doit profiter de la rente est distincte de celle dont la vie a été prise pour mesure de la durée de la rente ; mais comme cette combinaison est rare et exceptionnelle, elle ne saurait être présumée : il faut donc qu'elle soit clairement et formellement exprimée.

Quand la rente est ainsi constituée sur la tête d'une tierce personne, cette personne n'acquiert aucun droit par le contrat : le créancier n'a pas entendu par cette désignation lui conférer le pouvoir de toucher les arrérages en qualité de mandataire, ni même celui de les recevoir en qualité d'*adjectus solutionis gratiâ ;* il a voulu uniquement régler la durée de la rente sur la durée de la vie du tiers désigné.

Le tiers désigné n'ayant aucun droit de jouir de la rente, on doit évidemment conclure que sa présence au contrat n'est nullement nécessaire, pas plus que son consentement. Il est indifférent aussi qu'il soit ou non capable de disposer ou de recevoir, à quelque titre que ce soit, par cela même qu'il n'acquiert aucun droit par le contrat.

688. Dans ce cas, on ne peut plus dire que la rente soit viagère pour le créancier, en ce sens qu'elle doive durer pendant toute la vie de ce dernier : car, d'un côté, si le tiers désigné vient à mourir avant le créancier, la rente cesse d'être servie ; et à l'inverse, d'un autre côté, si le tiers survit, la rente doit être continuée aux héritiers du créancier jusqu'à ce que le tiers vienne à décéder. En ceci se manifeste une différence entre la rente viagère et l'usufruit, qui, étant un droit essentiellement personnel, s'éteint par la mort de l'usufruitier, alors même qu'il aurait été établi jusqu'à ce qu'un tiers eût atteint un âge déterminé (art. 617).

Il serait toutefois loisible aux parties de déclarer, dans l'acte de constitution de la rente, qu'elle s'éteindra également par la mort du créancier, et d'assimiler sur ce point la rente viagère à l'usufruit. Cette stipulation pourrait même être considérée comme implicitement contenue dans l'acte si la rente viagère, établie à titre gratuit, avait un caractère alimentaire.

689. De même que la rente peut être établie sur la tête d'un tiers, de même aussi elle peut être constituée sur la tête du débiteur lui-même. Le créancier trouve, dans cette combinaison, une sécurité plus grande que lorsque la rente est établie sur sa propre tête, en ce que le *votum captandæ*

mortis est complétement annihilé : il n'a pas à craindre, en effet, que le débiteur, fatigué de servir la rente et poussé par une criminelle cupidité, attente à ses jours pour se délivrer de son obligation. Mais cette combinaison est d'autant plus rare qu'elle s'éloigne plus encore que la précédente du but que les parties se proposent habituellement par la constitution d'une rente viagère.

II.—690. Outre la faculté consacrée par l'art. 1971 de constituer la rente même sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir, les parties ont encore celle de constituer une rente viagère sur plusieurs têtes (art. 1972). La rente peut être constituée ainsi, dit le tribun Duveyrier, "soit pour en attribuer successivement la jouissance aux personnes sur la tête desquelles elle est constituée, soit pour s'en conserver la jouissance à soi-même et à ses héritiers jusqu'à l'extinction de toutes les têtes qui entretiennent et prolongent sa durée." On peut donc, ainsi que ces expressions le laissent entrevoir, prendre à son choix, pour mesure de la durée de la rente, soit la vie des personnes au profit desquelles elle est établie, soit la vie de plusieurs personnes qui n'ont aucun droit d'en jouir. Cette nouvelle combinaison, consistant à multiplier le nombre des têtes sur lesquelles la rente est assise, présente l'avantage d'ajouter aux chances de durée, et, tout en conservant à l'opération le caractère aléatoire qui est de son essence, de diminuer autant que possible les risques inséparables de l'existence humaine. Mais la combinaison n'est possible qu'autant que les personnes appelées à profiter de la rente sont désignées dans l'acte même de constitution, sans quoi l'*alea* ne serait plus indépendante du fait des parties. Aussi ne peut-on qu'approuver un arrêt par lequel a été déclarée nulle, comme contraire à l'essence du contrat de rente viagère, la clause par laquelle le créancier en stipule la réversibilité sur la tête d'une personne, à son choix, qu'il désignera s'il le juge à propos.

691. Les parties peuvent, en constituant ainsi la rente sur

la tête de plusieurs personnes qui doivent en jouir, ne les appeler à la jouissance que successivement, au fur et à mesure du décès de chaque créancier dans un ordre convenu. Elles peuvent aussi les y appeler toutes conjointement, avec une clause de réversibilité susceptible d'assurer aux survivants l'accroissement résultant des extinctions. Dans cette hypothèse, aucune difficulté ne peut s'élever quand l'acte est précis et formel dans ses termes. Mais il arrive parfois que, la rente étant constituée sur plusieurs têtes, les parties n'ont pas stipulé la réversibilité. Qu'arrivera-t il dans ce cas à la mort de l'une des personnes désignées ? La rente sera-t-elle éteinte pour partie ? Au contraire, continuera-t-elle à être servie en totalité aux survivants ?

Il est d'abord un premier cas sur lequel tous les auteurs sont d'accord. Une rente viagère a été constituée sur la tête de deux ou plusieurs personnes restées étrangères au contrat, et qui ne doivent en retirer aucun profit : il est manifeste que la rente doit, à moins de déclaration contraire dans l'acte, subsister entière jusqu'au décès du dernier mourant. Le créancier a voulu, par cette combinaison, diminuer les chances d'extinction de la rente, et non pas scinder le contrat dans ses effets à la mort de l'une des personnes. Il y a là une seule rente dont l'extinction est subordonnée pour le tout à une condition copulative : il faut que tous les faits compris dans la condition soient réalisés pour qu'on puisse réputer la condition accomplie.

692. Mais en est-il de même lorsque deux ou plusieurs personnes qui fournissent en commun le prix de la rente la constituent sur leur tête et à leur profit ? Par exemple, j'ai en commun avec Pierre la propriété d'une maison : nous en faisons l'abandon à un tiers moyennant une rente viagère ; ou, pour nous placer dans une hypothèse qui se réalise plus fréquemment en pratique, un mari stipule, moyennant une somme qu'il tire de la communauté, une rente viagère à son profit et au profit de sa femme : l'un des crédi-rentiers vient à mourir, la rente est-elle éteinte pour moitié ? L'affirmative

est enseignée par quelques auteurs. Les deux stipulants, dit-on, sont créanciers chacun pour moitié. Or, quand une chose divisible est due à deux personnes sans solidarité, la créance se divise de plein droit. C'est donc comme s'il y avait eu deux constitutions de rente : le droit de l'un est absolument indépendant de celui de l'autre ; l'un peut subsister, alors que l'autre s'éteint ; mais il subsiste en ce cas tel qu'il était, il ne reçoit par là ni extension ni restriction ; il reste intact, c'est-à-dire que le survivant continue à jouir comme auparavant de la moitié de la rente. Toutefois, cette solution est généralement contestée comme absolument contraire à la pensée de l'art. 1972 telle qu'elle résulte des explications ci-dessus reproduites du tribun Duveyrier. Et, en effet, c'est bien à tort que dans le cas donné on suppose l'existence de deux rentes distinctement créées ; la vérité est qu'il y a seule une rente établie sur plusieurs têtes, une rente constituant un être moral qui doit vivre et mourir tout entier. Ce serait donc changer les conditions du contrat que d'admettre la diminution de la rente à mesure de l'extinction des têtes. Et il ne serait plus vrai alors de dire, avec notre article, qu'une rente peut être constituée *sur plusieurs* têtes, puisque, en réalité, il y aurait ici deux rentes distinctes sur deux têtes séparées. C'est pourquoi nous estimons, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que dans ce cas encore la condition d'extinction de la rente est le double décès des personnes sur la tête et au profit desquelles elle a été constituée.

693. En conséquence des mêmes principes, nous décidons que quand on donne entre-vifs ou par testament une rente viagère à deux personnes, la mort de l'un des donataires n'empêche pas la continuation de la rente pour le tout au profit du survivant, la condition copulative à laquelle l'extinction de la rente est subordonnée n'étant pas réalisée.

1903. Elle peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

Mais si elle l'est pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, ou trois vies successives, et qu'elle affecte des immeubles, elle est éteinte après ce terme, suivant les dispositions contenues en l'article 390.

1903. It may be constituted upon one life or upon several lives.

But if it be for more than ninety-nine years or three successive lives, and affect real estate, it becomes extinct thereafter as provided in article 390.

---

* *C. N.* 1972. } Elle peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1902, et *Statuts Ref. du B. C.*, cités sur arts. 1584, 1595 et 1792.

1904. Elle peut être constituée au profit d'une personne autre que celle qui en fournit le prix.

1904. It may be constituted for the benefit of a person other than the one who gives the consideration.

---

* *C. N.* 1973. } Elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne.

Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations ; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'art. 1970.

[ARTICLE 1904.]

* *Code du Canton de Vaud, art.* 1456. } Elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne.

Dans ce dernier cas, si elle a les caractères d'une libéralité, elle est assujettie aux formes requises pour les donations.

Voy. *Remarques de MM. les Commiss.* sur cet article, p. 62-3.

---

* 3 *Pothier (Bugnet), Const. de rente, n*° 241, 242. } 241. Lorsque la rente viagère est assez forte pour être un juste équivalent du fonds de la somme d'argent qui est payée pour le prix de la constitution, le contrat n'étant pas en ce cas un contrat de donation, étant au contraire de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, peut-il intervenir entre un mari et une femme séparés de biens ?

La raison de douter est, que l'acte n'étant pas une donation, il ne paraît pas qu'il soit défendu par aucune loi entre ces parties.

La raison de décider pour la négative est, que les donations entre mari et femme ont été interdites pour empêcher qu'il n'arrivât trop souvent que le grand amour de ces personnes l'une pour l'autre, n'étouffât en elles l'amour de leur famille, et ne les empêchât de lui laisser leurs biens. Cette même raison se rencontre pour interdire entre ces personnes les contrats de rentes viagères : car une famille n'est pas moins dépouillée par les contrats de constitution de rente viagère, que par une donation ; et un conjoint qui voudrait faire passer ses biens à l'autre, ne pouvant le faire par la voie de la donation, aurait recours à celle de ces contrats.

Dans les contrats de constitution de rente viagère, l'acquéreur stipule quelquefois qu'après sa mort la rente sera continuée à un tiers pendant la vie de ce tiers. Cette clause est valable, quoique ce tiers ne soit pas intervenu au contrat ; et le constituant qui n'a reçu qu'à cette charge la somme de

deniers qui lui a été payée pour le prix de la constitution, ne peut se défendre de continuer la rente à ce tiers après la mort de l'acquéreur. *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 70.

Quid, si ce tiers à qui l'acquéreur a stipulé que la rente serait continuée après sa mort, était une personne à qui, suivant les lois, cet acquéreur ne pouvait donner ?— Ces lois étant faites en faveur des héritiers de l'acquéreur, et non en faveur du constituant, le constituant n'est pas recevable à opposer à ce tiers son incapacité ; mais les héritiers ont droit d'assigner ce tiers pour le voir déclarer incapable de l'avantage que l'acquéreur de la rente lui a fait par la clause du contrat de constitution, et pour faire ordonner en conséquence que la rente leur sera continuée à la place et pendant la vie de ce tiers sur la tête de qui elle est créée.

Suivant ces principes, si un homme avait vendu un de ses propres pour une certaine somme pour laquelle il se fût fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère ; la rente, après sa mort, ne pourra être prétendue par sa femme à qui il ne lui était pas permis de donner ; mais elle sera continuée aux héritiers de cet homme pendant tout le temps de la vie de la femme.

242. S'il s'était fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère des deniers de la communauté, après la mort de l'un des deux, et en cas d'acceptation de communauté, elle devrait être continuée pour moitié seulement au survivant, et pour l'autre moitié aux héritiers du précédé.

Si les conjoints s'étaient fait un don mutuel de l'usufruit des biens de leur communauté ; en ce cas le survivant aurait-il droit de jouir, pendant sa vie, de la part du prédécédé sans rien rendre à ses héritiers ?—Je ne le pense pas ; car ce serait s'arroger, non pas le simple usufruit qui lui a été donné par le prédécédé de sa portion dans cette rente viagère, mais le fonds entier de cette rente, un propriétaire n'en pouvant pas avoir davantage. L'usufruit étant le droit de jouir *salvâ rei substantiâ*, cette portion de rente du prédécédé n'est pas susceptible d'un usufruit proprement dit au

profit du survivant ; car il ne peut pas en jouir et en percevoir tous les arrérages pendant sa vie, *salvâ rei substantiâ*, puisqu'il est de la nature et de l'essence de cette chose qu'elle se consomme et s'éteigne entièrement par la perception de tous ces arrérages. Cette rente viagère ne peut donc être susceptible que du *quasi-usufruit* qui a lieu à l'égard des choses *quæ usu consumuntur*. C'est pourquoi, de même que l'usufruitier de cette espèce de choses ne peut en jouir qu'à la charge d'en restituer la valeur après l'entière extinction de l'usufruit, le survivant usufruitier de la portion du prédécédé dans cette rente viagère, ne doit avoir le droit d'en jouir qu'à la charge de restituer après l'extinction de son usufruit, aux héritiers du prédécédé, ce que valait cette portion de rente viagère, lorsque l'usufruit a commencé. Cette estimation doit se faire par des experts, eu égard à l'âge et à la santé du survivant donataire mutuel, lors de l'ouverture du don mutuel.

Voy. C. C. B. C., art. 1029.

---

8 *Marcadé, sur art. 1973, C. N.* } I.—694. Les arts. 1971 et 1972 n'embrassent pas toutes les combinaisons qui peuvent se produire dans le contrat de rente viagère : l'art. 1973 a trait à une autre combination assez fréquente dans la pratique. La rente est constituée au profit d'une personne qui n'en fournit pas le prix : c'est un tiers qui, voulant lui faire une libéralité, charge le constituant de servir la rente, soit pendant la vie d'un tiers étranger au contrat, soit pendant la vie de la personne qui doit bénéficier de l'opération. C'est à cette hypothèse que se réfère notre article, dans lequel il y a ainsi une application et même une extension de l'art. 1121. La personne qui fournit le prix de la rente pourrait en effet, en se tenant dans les termes de ce dernier article et en faisant un contrat principal à titre onéreux ou gratuit, y apposer comme condition accessoire

l'obligation de servir une rente viagère à un tiers qu'elle veut gratifier. Ainsi, en vendant mon fonds à Paul ou en lui en faisant donation, je pourrai très-bien convenir qu'en outre du prix de vente ou comme condition de la donation, l'acquéreur ou le donataire fournira à un tiers par moi désigné une rente viagère pendant la vie de celui-ci ou d'une autre personne. Ou bien, stipulant une rente viagère à mon profit, je pourrai ajouter qu'après ma mort la rente sera continuée en tout ou en partie à un tiers que j'indique. Il y a, dans tous ces cas, une application pure et simple de l'art. 1121.

Mais notre article va plus loin : il permet aussi à celui qui fournit le prix d'une rente viagère de la constituer au profit d'un tiers, alors même qu'elle ne serait pas la condition d'une stipulation qu'il ferait pour lui-même, ou d'une donation : ainsi je puis compter une somme à un tiers qui se charge de servir une rente viagère à une personne que j'ai l'intention de gratifier. Or, cette combinaison ne rentre pas explicitement dans les termes de l'art. 1121 : elle n'est pas moins autorisée par l'art. 1973, qui est général et ne distingue pas entre le cas où la constitution de la rente au profit d'un autre que celui qui en fournit le prix est la condition d'une stipulation que ce dernier ferait pour lui-même et le cas où cette constitution est l'unique stipulation du contrat.

695. Cependant, en aucun cas, et spécialement dans le dernier, la disposition de l'art. 1973 n'est dérogatoire à l'art. 1119, d'après lequel on ne peut, en général, stipuler pour un autre que pour soi-même ; car le tiers au profit de qui la rente est constituée n'en peut jouir qu'autant qu'il a manifesté l'intention d'en profiter. C'est une conséquence de l'art. 1121, dont notre art. 1973, il ne faut pas l'oublier, est une application extensive. Ainsi, tant que la personne appelée à jouir de la rente n'a pas manifesté son intention d'accepter, il y a de la part du donateur une simple pollicitation, une promesse qui peut être retirée. La constitution ne devient définitive et irrévocable que par l'acceptation de

l'offre qu'elle contient dans ses termes; par l'effet de cette acceptation, le contrat est formé entre les parties; le donateur est désormais lié, car alors, selon l'expression de l'art. 1121, celui qui a fait la stipulation ne peut plus la révoquer. Ajoutons, au surplus, que la manifestation d'intention requise de la part de celui au profit de qui la rente est constituée n'est même pas soumise à une forme particulière. Elle peut être faite expressément en une forme quelconque; elle peut aussi être tacite et résulter du seul fait, par le tiers, d'avoir touché un terme des arrérages; il suffit, en un mot, que l'acceptation ne soit pas équivoque pour que le donateur reste irrévocablement lié.

1905. Le contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet et le prix peut en être répété.

1905. A life-rent constituted upon the life of a person who is dead at the time of the contract produces no effect, and the consideration paid for it may be recovered back.

---

* *C. N.* 1974. } Tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

Voy. *Pothier*, sur art. 1902 et *Troplong*, cité sur art. 1906.

---

8 *Marcadé, sur arts.* 1974 *et* 1975, *C. N.* } I. — 703. Nous avons expliqué, à l'occasion des arts. 1971 et 1972, que la rente viagère étant un contrat dont la vie d'une personne règle et détermine la durée, il est indispensable que l'acte de constitution contienne implicitement ou explicitement l'indication de la personne sur la tête de laquelle la rente est

constituée pour ne s'éteindre qu'à la mort de cette personne (*suprà*, n. 685). Or il est évident que si la personne indiquée n'existe plus au moment de la constitution, l'un de ses éléments essentiels manque au contrat ; il n'y a pas une personne sur la tête de laquelle la rente soit assise ; il n'y a plus d'*alea*. et par suite le contrat est frappé de nullité, tellement que celui qui avait fourni les fonds de la rente les peut répéter comme les ayant livrés sans cause. C'est ce qui résulte de l'art. 1974.

704. Ceci ne souffre aucune difficulté quand les parties ou même seulement celle qui a fourni la valeur ignorait, au temps de la constitution, la mort de la personne dont la vie devait régler la durée de la rente : le consentement est alors affecté d'une erreur tombant sur la substance même du contrat. Vainement, quand l'erreur est commune aux deux parties, invoquerait-on la bonne foi pour faire produire à la convention les effets d'un contrat putatif. La bonne foi, comme le dit fort bien M. Troplong, serait décisive s'il s'agissait d'établir que l'intention du constituant n'était ni dolosive ni perverse ; mais elle ne saurait donner à l'opération juridique l'élément essentiel qui lui manque, l'*alea* qui est sa raison d'être, sa condition nécessaire. Sous ce rapport, l'art. 1974 concorde avec la disposition de l'art. 2056, aux termes duquel la transaction faite sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avait pas connaissance, est nulle, la transaction, par essence, ne pouvant intervenir que sur un droit plus ou moins douteux.

705. Mais il est évident, au contraire, qu'il y a contrariété de disposition entre notre article et l'art. 365 du Code de commerce, relatif au contrat d'assurance, classé aussi par la loi parmi les contrats aléatoires. Aux termes de ce dernier article, " toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés est nulle, s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés." D'où

il résulte manifestement qu'au cas où il est certain qu'au moment de la signature du contrat l'assuré ignorait la perte ou l'assureur l'arrivée des objets, le contrat est valable, bien que les risques aient complétement cessé. Ici, donc, c'est l'opinion seule, la bonne foi qui fait la base du contrat. Cependant nous ne dirons pas, avec M. Duranton, qu'il y a entre l'article du Code Napoléon et celui du Code de commerce une contrariété de vues injustifiable, et qu'on ne pourrait expliquer que par le désir qu'auraient éprouvé les rédacteurs du Code de commerce de ne pas s'écarter des législations commerciales étrangères, qui ont, en général, admis dans les mêmes cas la validité du contrat d'assurance. Tout ici s'explique naturellement par le caractère et l'objet respectifs des deux conventions. Malgré les nombreux points de contact entre la rente viagère et l'assurance, il y a cependant, entre les deux contrats, une différence notable. Dans le contrat de rente viagère, on peut dire que la vie de la personne forme, en quelque sorte, la cause déterminante pour les parties. Le crédi-rentier n'aliène le capital qu'il emploie à acquérir la rente que parce qu'il espère jouir des arrérages pendant un certain temps: or, si la personne dont la vie devait régler la durée de la rente n'existe plus, il est clair que l'obligation manque de cause, en sorte que le contrat est atteint dans son principe même. Au contraire, l'assurance a pour objet de garantir tous les risques, de dédommager l'assuré de tous les sinistres, et, sous ce rapport, il n'y a pas à distinguer entre les sinistres futurs et les sinistres passés, pourvu que ceux-ci soient ignorés au moment de l'assurance, parce qu'il importe à la sécurité commerciale que les uns aussi bien que les autres soient réparés. Voilà pourquoi le législateur a pu, sans se mettre en contradiction avec lui-même, tenir compte du risque putatif dans le contrat d'assurance et l'exclure du contrat de rente viagère.

706. Quoi qu'il en soit revenons à notre art. 1974: la disposition en est juste et parfaitement expliquée quand la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente était

constituée était ignorée des deux parties ou même de l'acquéreur de la rente seulement. Dans ce dernier cas, il y aurait même, pour annuler le contrat, un motif qui viendrait s'ajouter à celui sur lequel est fondé notre article : le constituant qui aurait connaissance du décès et n'en avertirait pas l'acquéreur commettrait un dol qui, aux termes de l'art. 1116, serait suffisant pour faire rescinder la convention ; car il est évident que si l'acquéreur avait connu le véritable état des choses, il n'aurait pas contracté.

707. Que si l'acquéreur était informé de la mort du tiers sur la tête duquel il plaçait la rente viagère, le contrat est également nul comme constitution de rente viagère ; il est comme non-avenu même pour ce crédi-rentier prétendu qui, bien certainement, n'a pas dû compter recevoir des arrérages, puisque, à sa connaissance, la condition sous laquelle ils lui auraient été dus était déjà défaillie. Mais comme il faut donner effet à la disposition pour ne pas contrevenir à l'art. 1157 du Code Napoléon, on supposera que la volonté du disposant a été de faire une libéralité au constituant. S'il a donné et livré, comme prix de la rente, une somme d'argent ou des objets mobiliers, la donation a reçu toute sa perfection par la tradition réelle des effets : c'est une donation manuelle, dont la validité est universellement reconnue. Si c'est un immeuble qu'il a livré, la disposition constitue une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et, le cas échéant où elle viendrait à être contestée, elle serait sans doute validée en vertu de la jurisprudence qui, avec raison selon nous, consacre la validité et l'efficacité de tels déguisements : le tout néanmoins sous la réserve de l'action en réduction en faveur des héritiers à réserve et de l'action en nullité pour incapacité.

708. Nous avons supposé jusqu'ici, pour appliquer l'art. 1974, la rente viagère créée sur la tête d'une personne étrangère au contrat : c'est là, en effet, le cas que les rédacteurs de l'art. 1974 ont eu uniquement en vue. Il n'est cependant pas impossible de trouver une hypothèse où, la rente viagère

étant établie sur la tête de l'acquéreur lui-même, l'art. 1974 serait également applicable, parce que la disposition en est générale et ne doit pas souffrir de restriction. Supposons, en effet, un mandataire livrant la propriété de son mandant moyennant une rente viagère constituée sur la tête du mandant lui-même ; au jour du contrat, conclu par procuration, celui-ci était mort ; le constituant et le mandataire l'ignoraient : si le contrat devait suivre la loi générale des engagements (arts. 2008 et 2009), il serait valable ; mais il y a la règle spéciale de l'art. 1974, qui s'oppose incontestablement à ce que le contrat ait ses effets.

709. Quand la rente viagère est établie sur la tête de plusieurs personnes étrangères au contrat, et dont l'une était décédée au jour de la convention, nous croyons qu'il faut encore, en principe, appliquer l'art. 1974 : l'acquéreur a été dans une erreur suffisante pour qu'il soit relevé de son engagement. Il comptait jouir de la rente pendant la vie de plusieurs personnes ; c'est à quoi il tendait en usant de la faculté à lui laissée par l'art. 1972 : son espérance ne s'est pas réalisée ; il peut donc demander la nullité du contrat. Il y aurait lieu, toutefois, de réserver le cas où la rente devrait être servie successivement à plusieurs personnes. Par exemple, un mari, stipulant en son nom et au nom de sa femme dont il avait reçu le mandat, s'est fait promettre une rente viagère en échange d'un immeuble propre à chacun pour moitié ; la femme était morte à la date du contrat, et son décès était ignoré des parties : il n'importe ; le mari n'est pas moins en droit d'exiger le service de la rente pendant toute la durée de sa vie.

II.—710. Le contrat de rente viagère est nul non-seulement quand le caractère aléatoire, qui est de son essence, fait complètement défaut, ce qui est le cas de l'art. 1974, mais encore quand le risque ne peut pas être considéré comme sérieux, parce que la personne sur la tête de laquelle la rente viagère est constituée se trouve atteinte d'une maladie qui rend sa mort presque certaine, et dont elle est morte,

en effet, dans un bref délai : l'art. 1975 répond à cette pensée. De même que dans le contrat de vente, par exemple, il y a nullité non-seulement lorsque le prix fait complètement défaut, mais encore quand, à raison de sa vileté, il ne peut pas être considéré comme sérieux, de même aussi dans la rente viagère le législateur a cru devoir invalider le contrat dans un cas où le risque ne lui paraît pas suffisant pour donner à la rente le caractère aléatoire qui est un de ses éléments, et il établit dans l'art. 1975 une présomption de nullité. Cette présomption met fin désormais aux incertitudes et à l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle le juge avait un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les cas où la maladie de la personne dont la vie réglait la durée de la rente était assez grave pour amener la nullité du contrat.

711. La présomption est subordonnée à plusieurs conditions rigoureuses par l'art. 1975 : il faut que la personne sur la tête de laquelle la rente est établie soit atteinte de maladie au jour du contrat, qu'elle soit morte de cette même maladie, et enfin que le décès soit arrivé dans les vingt jours de l'acte de constitution.

Ainsi, la loi suppose d'abord que la personne sur la tête de laquelle la rente est établie est atteinte de maladie au moment du contrat : c'est la base même de la présomption établie par la loi. Il faut que la personne dont la vie règle la durée de la rente soit déjà en danger pour que les chances qui doivent nécessairement exister au moment de la convention puissent être considérées comme atteintes dans ce qu'elles doivent avoir de sérieux. Il importerait donc peu que le décès arrivât quelques jours, quelques instants même après la conclusion du contrat, s'il était la suite d'un accident indépendant de l'état de maladie de la personne indiquée au contrat de constitution de la rente.

Le législateur a évidemment en vue un état de santé tel qu'il inspire des craintes sérieuses et fondées sur la vie de la personne. La vieillesse, quelque avancée qu'elle soit, ne

constitue pas une maladie dans le sens de l'art. 1975. De même aussi l'état de grossesse de la femme sur la tête de laquelle le contrat de rente serait créé constitue plutôt un état naturel qu'une maladie ; en sorte que le décès de la femme survenant dans le délai fixé par la loi n'entraînerait pas l'annulation du contrat, à moins que la grossesse ne fût déjà compliquée de symptômes maladifs tels qu'ils mettaient en danger l'existence de la femme et auraient rendu l'accouchement mortel.

712. Il faut, en second lieu, que la personne soit morte de cette même maladie dont elle était atteinte. Si elle meurt dans le délai fixé par une autre cause, quelle qu'elle soit, la présomption fait défaut : il est désormais impossible de savoir si la mort serait survenue dans le délai exigé et par suite de la maladie existant au moment du contrat.

713. Enfin, il faut que la personne meure de cette maladie *dans les vingt jours* de la date du contrat. Si donc la mort ne survenait qu'après les vingt jours, le contrat resterait valable, la mort fût-elle la suite de la maladie même dont la personne était déjà atteinte lorsque la rente a été constituée. Peut-être est-il à regretter que le législateur ait fixé un délai aussi court : il est certaines affections chroniques, même certaines maladies aiguës, dont la durée se prolonge au-delà de vingt jours, et dont l'issue est cependant nécessairement fatale. Ce n'est pas une raison pour dire, avec M. Delvincourt, que les rédacteurs du Code auraient mieux fait en prenant l'art. 909 pour règle, et en conséquence, en déclarant l'acte nul toutes les fois que la personne sur la tête de laquelle la rente aurait été constituée était, au moment du contrat, atteinte de la maladie dont elle est morte depuis. C'eût été revenir aux incertitudes et à l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, et ressusciter les controverses auxquelles les rédacteurs du Code ont voulu couper court.

714. On appliquera au calcul du délai de vingt jours la règle généralement reçue, d'après laquelle le *dies à quo* ne doit pas compter pour la supputation. Il faudra donc, pour

que la constitution de rente soit maintenue, que la personne ait vécu encore vingt jours entiers après la formation du contrat.

715. Reste, enfin, la question de preuve. Quand un contrat de rente viagère est attaqué comme nul par application de l'art. 1975, à qui incombe la charge de la preuve ? Selon M. Delvincourt, ce serait au demandeur en nullité à prouver que la personne était malade lors du contrat et qu'elle est morte dans les vingt jours ; mais une fois cette preuve faite, il y a présomption qu'elle est morte par suite de la maladie dont elle était atteinte, et ce serait au débiteur de la rente à prouver le contraire. Cette opinion, qui divise la preuve pour la mettre, par portions, à la charge de chacune des parties, a été justement rejetée. Celui qui invoque contre l'acquéreur de la rente le bénéfice de l'art. 1975 est demandeur ; il doit donc justifier la demande. Or il s'agit ici d'une présomption qui n'existe que par la réunion de circonstances diverses ; la demande ne saurait donc être justifiée qu'à la condition par le demandeur de prouver que toutes les circonstances indiquées par la loi se trouvent réunies, c'est-à-dire que la présomption se produit dans tous les éléments qui la constituent : sa preuve serait incomplète sans cela, et la demande ne pourrait qu'être rejetée.

III.—716. Ceci expliqué sur le caractère et les conditions de la présomption établie par l'art. 1975, il faut préciser les cas en vue desquels cet article est édicté. Nous avons dit au début de ce chapitre que la rente viagère peut être constituée à titre onéreux ou à titre gratuit, en ajoutant, d'ailleurs, que les règles établies ici sont surtout applicables au contrat de rente viagère aléatoire, c'est-à-dire au contrat à titre onéreux.

717. Cela seul indiquerait que notre article n'est pas applicable à la rente viagère constituée à titre gratuit. Et, à vrai dire, ceci n'aurait jamais été mis en question si, par un arrêt échappé à la Cour de Montpellier, il n'eût été décidé que la nullité prononcée par notre article est applicable à la *donation* faite sous la réserve d'une rente viagère aussi bien

qu'à la constitution de rente à titre onéreux. Mais cet arrêt était trop évidemment contraire aux principes pour qu'il pût faire jurisprudence. L'art. 1975 a eu pour but de maintenir dans le contrat l'égalité des risques ; il est fondé sur l'intention présumée de l'acquéreur de la rente, qui n'eût pas aliéné son capital s'il avait connu l'état de la personne sur la tête de laquelle il constituait la rente. La disposition en doit donc être maintenue dans ses véritables limites, et c'est en méconnaître la pensée que de l'étendre à une opération à titre gratuit qui n'a rien d'aléatoire. Ainsi a jugé la Cour de cassation en cassant l'arrêt de la Cour de Montpellier.

718. Par les même motifs aussi, l'article 1975 ne peut pas régir le cas, spécialement prévu dans l'art. 1973, où la rente est constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne. Le créancier véritable, celui qui va recevoir les arrérages, ne livre rien comme représentation de ces arrérages : à son égard, la rente est à titre gratuit.

719. De ce qui précède il résulte donc que l'art. 1975 ne s'applique qu'autant que la rente viagère a été créée à titre onéreux. Toutefois, il y a même ici deux situations possibles à distinguer : celle où la rente est constituée sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir, et celle où la rente est constituée sur la tête de celui qui en fournit le prix (art. 1971). Dans le premier cas, si les parties ou seulement l'acquéreur de la rente a ignoré l'état désespéré du tiers dont on avait pris la vie comme mesure de la durée de la rente, l'art. 1975 est applicable sans aucun doute. Ici le consentement est vicié par l'erreur qui tombe sur la qualité substantielle de la chose que les contractants avaient principalement en vue ; il y a même, si le constituant connaissait seul la maladie, un dol au moyen duquel il se procurerait un bénéfice injuste : le contrat, atteint dans sa base, est affecté d'un vice qui en doit entraîner la nullité.

Si, au contraire, dans cette même hypothèse, le créancier avait une connaissance parfaite de l'état de maladie du tiers

sur la tête de qui la rente est constituée, nous ne croyons pas, malgré l'avis contraire de quelques auteurs, que le contrat doive rester absolument sans effet. S'il ne peut valoir comme convention aléatoire et à titre onéreux, il peut au moins valoir comme donation déguisée faite sous une condition casuelle, la mort de la personne dans les vingt jours. Nous ne saurions voir dans l'art. 1975, une disposition d'ordre public à laquelle les parties ne puissent pas déroger. Or, il y a une dérogation précisément dans la convention telle que nous l'avons supposée : le créancier a consenti tacitement à ce que l'égalité des risques fut mise de côté ; il n'y a pas de raison pour que son intention ne soit pas respectée.

Par cela même, et à plus forte raison, le contrat pourra-t-il être validé, au moins comme donation déguisée, quand les parties auront formellement manifesté l'intention de déroger aux dispositions de la loi.

720. La distinction proposée quant à la première hypothèse semblerait devoir conduire à cette conséquence, que l'art. 1975 n'est pas applicable à la seconde, c'est-à-dire quand la rente est constituée sur la tête du créancier lui-même, de celui qui en fournit le prix : car, pourrait-on dire, le créancier doit être présumé avoir connu son état, et avoir voulu que si le contrat ne produit pas effet en tant que rente viagère, il vaille du moins comme donation. Toutefois, l'induction, en ces termes, serait trop absolue. Et, par exemple, elle serait complètement inexacte si rien ne venait manifester de la part du créancier l'intention de faire une libéralité. La donation ne se présume pas ; et loin de suppléer l'intention de donner de la part du malade qui s'est fait consentir une rente viagère à un moment où son état était tellement désespéré que la mort est venue l'atteindre moins de vingt jours après, il faut croire plutôt que, se faisant illusion sur la gravité de sa situation, il n'a aliéné son capital que dans l'espérance de recouvrer la santé. Il n'en est pas ici comme dans le cas précédent : nous ne nous trompons pas, ou nous n'avons aucune raison de nous tromper

sur la situation d'un malade qui nous est étranger, tandis que par un bienfait de la nature nous nous abusons sur l'imminence du danger qui nous menace nous-même dans l'état de maladie ; et volontiers nous croyons à la vie et nous y rattachons avec d'autant plus d'énegie qu'elle est plus prêt de nous échapper. On doit donc, en ce cas, s'en tenir à l'art. 1975, dont l'application, il faut l'ajouter, sera d'ailleurs utile comme moyen de prévenir les tentatives coupables de spoliation qui trop souvent assiégent le malade à son lit de mort.

Mais s'il est prouvé en fait que l'acquéreur de la rente avait connaissance du danger dont il était menacé, s'il a manifesté l'intention bien formelle de donner effet au contrat, le contrat, à notre avis, devra être maintenu, sinon comme rente viagère, au moins comme don manuel ou comme donation déguisée, suivant que le créancier aura fourni de l'argent ou un immeuble. C'est là, en effet, une donation sous la condition, purement casuelle, de la mort dans le délai de vingt jours, et qui n'emprunte rien au caractère de la donation à cause de mort, puisque l'aliénateur ne doit jamais rentrer dans son capital. Pourquoi donc ne serait-elle pas validée? Certes, il n'y a pas de disposition de loi qui enlève à un mourant le droit de faire une donation entre-vifs ; il n'y en a pas qui lui interdise de sacrifier un capital qui lui devient inutile s'il meurt, ou qui lui procurera un revenu plus considérable s'il revient à la santé. C'en est assez, ce nous semble, pour défendre notre opinion contre la doctrine contraire, qui cependant est généralement enseignée.

En résumé, donc, l'art. 1975 s'applique exclusivement, en principe, au contrat de rente viagère à titre onéreux, avec les distinctions que nous venons de formuler, et il est sans aucun effet vis-à-vis des actes à titre gratuit. Mais il est bon d'ajouter que la qualification de donation donnée à l'acte consécutif de la rente, et la rédaction de cet acte avec les formalités prescrites pour les donations entre-vifs, ne suffi-

raient pas à elles seules pour le soustraire à l'application de l'art. 1975, en ce que la qualification et la forme de l'acte peuvent, selon les circonstances, n'être pas suffisantes pour manifester l'intention du crédi-rentier de faire une libéralité.

721. Reste une dernière hypothèse, celle où une rente viagère est constituée sur la tête de plusieurs personnes, soit étrangères au contrat, soit ayant le droit d'en jouir successivement ou conjointement. Dans ce cas si l'une de ces personnes vient à mourir dans les vingt jours de la maladie dont elle était atteinte au jour du contrat, l'art. 1975 n'est pas applicable : le contrat subsistera donc, et la raison en est simple ; c'est que la survie des autres personnes a maintenu dans ce contrat le caractère aléatoire qui est de son essence. Ceci n'est pas en opposition avec ce que nous avons dit *suprà*, n. 709 : l'art. 1974 contient une application de la règle générale d'après laquelle toute erreur portant sur la substance même entraîne la nullité du contrat, et la disposition, dès lors, en doit être suivie dans tous les cas où le consentement du crédi-rentier apparaît entaché d'une erreur substantielle ; au contraire l'art. 1975 édicte une présomption rigoureuse, une dérogation au droit commun : il faut donc ne pas l'étendre au-delà de ses termes précis. D'après cela, l'art. 1975 serait applicable, dans notre hypothèse, seulement s'il arrivait que les personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée vinssent à décéder toutes dans les vingt jours du contrat. Il y a eu évidemment exagération à prétendre que l'article ne doit pas être appliqué même en ce cas.

IV.—722. Terminons sur notre article en reprenant les points réservés dans le commentaire de l'art. 1968 (*suprà*, *n.* 580). Nous avons dit que la rente viagère constituée à titre onéreux peut être constatée par un simple acte sous seing privé, qui doit pour être opposable aux tiers, avoir reçu date certaine dans les termes de l'art. 1328. Des difficultés d'une nature toute spéciale s'élèvent ici précisément à cause de la

facilité que les parties ont d'éluder les dispositions de l'art. 1975, en antidatant l'acte constitutif de la rente viagère pour en reporter la date avant les vingt jours fixés par la loi. La question de validité ne s'élevant qu'après la mort de celui qui a aliéné son capital moyennant une rente viagère sur sa tête, ce sont presque toujours ses héritiers qui ont intérêt à contester la sincérité de la date. Mais ne peut-on pas leur opposer l'art. 1322, d'après lequel l'acte sous seing privé a entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers ou ayant cause la même foi que l'acte authentique? Et, en présence de cette disposition, les héritiers seront-ils ou non empêchés de prouver, pour répéter le capital aliéné par leur auteur, que la rente a été créée sur sa tête dans les vingt jours qui ont précédé sa mort? Il y a, sur ce point, des hypothèses diverses à préciser.

723. Si la rente viagère a été constituée moyennant un capital en argent versé immédiatement, et si, le contrat étant unilatéral, l'acte produit consiste en un simple billet sans date certaine avant la mort du crédi-rentier et portant seulement la signature du constituant, l'art. 1322 ne sera pas même opposable, et les héritiers pourront répéter le capital aliéné par leur auteur entre les mains du débiteur resté en possession du billet. Vainement le constituant voudrait-il prouver que la constitution de rente remonte à une date antérieure de plus de vingt jours au décès du crédi-rentier. Il n'y pourrait pas être reçu, parceque les personnes auxquelles l'acte est opposé sont des tiers dans le véritable sens de l'art. 1328 : car elles agissent, dans l'hypothèse, non pas comme représentant leur auteur, qui n'avait pas apposé sa signature à l'acte et ne l'avait pas en sa possession, mais de leur propre chef, en exerçant des droits qui leur sont personnels.

724. Si l'acte constitutif de la rente viagère a été signé des deux parties, l'art. 1322 est, au contraire, opposable *en principe* aux héritiers du crédi-rentier. Cependant on a soutenu, d'une part, que, même en ce cas, les héritiers doivent

être considérés comme des tiers dans le sens de l'art. 1328, et partant, que l'acte sous seing privé constitutif d'une rente viagère, non enregistré, n'a pour eux date certaine que du jour du décès de leur auteur, sur la tête duquel la rente était constituée. D'une autre part, sans aller aussi loin, M. Delvincourt a enseigné que l'acte sans date certaine doit être présumé fait dans les vingt jours, sauf la preuve contraire, dont la charge, dès lors, incomberait au constituant. Nous ne saurions admettre ces solutions, qui l'une et l'autre sont également contraires à la pensée de l'art. 1322.

Mais de ce que cet article doit ici rester dominant en principe il ne s'en suit pas que les héritiers du crédi-rentier soient dans l'impuissance absolue d'exercer l'action ouverte en leur faveur par l'art. 1975, et qu'en présence d'une antidate dont la preuve serait possible, ils ne puissent pas faire rendre à l'acte de constitution de rente sa date véritable, et le placer ainsi sous le coup de la nullité prononcée par ce dernier article. Que conclure de là ? Que si la date apparente de l'acte milite en faveur du constituant en vertu de l'art. 1322, les héritiers du crédi-rentier doivent cependant, en vertu de l'art. 1975, être admis à prouver, par tous les moyens de preuve, même par la preuve testimoniale, que l'acte a été antidaté. Le constituant, pourrait-il, pour écarter la preuve, prétendre que les héritiers sont sans intérêt, en ce que, l'antidate fût-elle prouvée, l'acte n'en subsisterait pas moins, sinon comme constitution de rente à titre onéreux, au moins comme donation? Non, évidemment ; car l'antidate ne suffirait pas à elle seule pour établir que l'aliénateur avait l'intention de donner, dans le cas où il viendrait à mourir dans les vingt jours du contrat. La preuve devrait donc être admise, et c'est par là seulement qu'on peut concilier les dispositions des arts. 1322 et 1975.

1906. [La règle énoncée dans l'article qui précède s'applique également lorsque la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, est, à l'insu des parties, attaquée d'une maladie dangereuse, dont elle meurt dans les vingt jours de la date du contrat.]

1906. [The rule declared in the last preceding article applies equally when the person upon whose life the rent is constituted is, without the knowledge of the parties, dangerously ill of a malady of which he dies within twenty days after the date of the contract.]

---

* *C. N.* 1975. } Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

Voy. autorités sur art. 1905.

---

* *Troplong*, *Cont. aléat.*, *sur arts.* 1974-1975. } 258. La rente viagère est attachée à la vie de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. C'est pourquoi il est de son essence (1) que cette personne, dont la vie réglera sa durée, existe au moment du contrat, sans quoi ce contrat est sans effet (2).

(1) Pothier, n. 224 ; Duparc-Poullain, t. III, p. 97, n. 78.

(2) Add. " Cela est évident, dit Deleurie, n. 11575, car le contrat se trouve sans cause. Sa base étant l'existence de celui sur la tête de qui on assied la rente, il doit être vivant au moment de la constitution, puisque autrement il n'y aurait pas matière à risque ; et c'est le risque et l'incertitude de l'événement qui forment l'essence des contrats aléatoires."

Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 376 ; de Duranton, n. 143. " Le contrat se trouve sans cause." Malleville, sur l'art 1974.

" La cause de sa constitution n'existe plus, dit O. Leclercq. t. VI, p.

259. Ainsi, supposons que je vous aie fourni un capital de 10,000 francs pour une rente viagère de 700 francs au profit et sur la tête de Titia, ma parente, dont j'ignorais la mort. Cette constitution est nulle de plein droit ; aucun effet ne peut en résulter, et vous êtes tenu de me rendre la somme de 10,000 francs que je vous ai donnée. C'est le cas de la condiction *sine causa* (1)

260. Vainement dirait-on que si la mort était ignorée tant du constituant que de l'acheteur, cette double ignorance placerait le contrat sous l'empire de la bonne foi et lui donnerait une base. La bonne foi ne ferait qu'excuser les intentions ; mais elle ne donnerait pas au contrat l'élément essentiel qui lui est nécessaire pour avoir un principe solide d'existence.

261. Il est vrai que dans le contrat d'assurance, le risque putatif suffit pour valider la convention (2).

499 ; l'objet que le créancier de la rente veut acquérir n'existe également plus ; c'est le droit de la percevoir pendant la vie de celui sur la tête duquel elle est constituée : s'il est mort au moment du contrat, ce droit n'a jamais existé."

Toullier dit, t. VI. n. 46 : " Le contrat de rente viagère nous offre encore des exemples d'erreur dans le motif déterminant de la convention. La rente créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit effet.

" Ce contrat est nul, parce qu'il est évident qu'il n'eût pas eu lieu si cette mort avait été connue. Non-seulement il y a erreur sur le motif de la convention, mais de plus elle se trouve sans cause ou sans motif."

Delvincourt (*ut suprà*) ajoute : " Au reste il est clair que cette disposition ne peut avoir effet que quand le contrat est à titre onéreux ; et alors les deniers qui ont été fournis peuvent être réclamés par l'action dite *condictio sine causa*."

" La cause, sans être entièrement fausse, dit Demante, n. 717, serait cependant entachée d'une erreur substantielle, si la personne, quoique vivante, était déjà atteinte de la maladie qui devait certainement et prochainement la conduire au tombeau."

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) Art. 365 du code de commerce. Emérigon, t. I, p. 7.

Ainsi si je prends une assurance pour un vaisseau qui est entré dans le port à mon insu et à l'insu des assureurs, je dois la prime ; si je fais assurer mon navire *l'Invincible*, dont j'ignore la perte, l'assurance est bonne et les assureurs me doivent une indemnité. Mais ceci tient aux principes particuliers du contrat d'assurance, qui a pour but de couvrir tous les périls quelconques, même les périls passés, pourvu qu'ils soient ignorés (1). C'est pourquoi l'on y tient pour maxime : *Periculum censetur tale quale bona fide æstimatur* (2).

La rente viagère ne se constitue pas dans de pareilles vues, et l'on doit par conséquent y conserver dans leur généralité les principes ordinaires, qui annulent un contrat basé sur des choses qui n'existent plus (3) Du reste, ces principes sont loin d'être étrangers au contrat d'assurance ; car qui ne sait qu'une assurance prise sur des marchandises qui n'ont

(1) Perezius sur le Code, *de naufragiis*, n. 23 : *Cum quia suscepta de omni periculo, etiam præterito.*

(2) Delvincourt, en se posant l'objection, n'a ni nettement donné la raison de décider ni vu avec précision le caractère de l'assurance (t. III, p. 425, note 10). Duranton l'a cependant suivi (t. XVIII, n. 145).

Add. Après avoir remarqué que l'art. 1974 est en harmonie avec l'art. 2056 du code ; il ajoute : " Mais cette même disposition n'est point en harmonie avec celle de l'art. 365 du code de commerce, qui déclare valable le contrat d'assurance fait après la perte ou l'arrivée des objets assurés, dans le cas où il est certain qu'au moment de la signature du contrat, l'assuré ignorait la perte, ou l'assureur l'arrivée des objets. Ici évidemment c'est l'*opinion* des contractants, et non le risque, qui fait la base du contrat, puisqu'il n'y avait plus de risque au temps où il a eu lieu ; il n'y en avait plus, en effet, dans le cas où les objets se trouvaient déjà avoir péri, et il n'y en avait plus aussi dans le cas où ils étaient déjà arrivés. On ne peut guère expliquer cette contradiction de principes, qu'en disant que les autres peuples commerçants ayant généralement admis la validité du contrat d'assurance dans ces mêmes cas, les rédacteurs du code de commerce n'ont pas cru devoir s'éloigner du droit suivi par les autres nations sur ce point."

(3) *Junge* art. 2056 du code civil.

pas eu d'existence, sur un navire qui n'a pas été mis en mer, etc., etc., est nulle par défaut de matière : *Deficiente materia præ-existentis contractus*, dit Perezius (1).

Eh bien ! c'est également là ce qui arriverait si une rente viagère était constituée sur une tête non existante. La matière manquerait au contrat.

Les deux contrats d'assurance et de rente viagère se rapprochent donc dans ces points essentiels qui font les conventions régulières ; mais ils se séparent sur la question spéciale du risque putatif. La raison en est que le contrat d'assurance, dirigé par des vues particulières de sécurité commerciale, a positivement pour but d'assurer tous les risques quelconques ; que sa fin précise est de garantir de tous les dommages, même des sinistres passés, pourvu qu'ils soient ignorés.

Cette différence que nous venons de remarquer en un point, entre le contrat d'assurance et la rente viagère, n'avait pas échappé à la commission du gouvernement qui rédigea le code civil ; elle avait cru utile de la signaler en terminant l'article correspondant à l'article 1975 par ces mots : *Encore que le fait de la maladie fût ignoré des deux parties* (2). Dans la suite des remaniements auxquels le projet fût soumis, on retrancha ce membre de phrase, probablement parce qu'il parut inutile d'insister sur une idée si visiblement inhérente au contrat de rente viagère.

Quoi qu'il en soit, on voit que le législateur a procédé avec réflexion, et en connaissance des nuances diverses que comportent l'assurance et la rente viagère. Dès lors, il me semble qu'il ne faudrait pas accueillir le reproche fait au législateur par Duranton, de n'avoir pas été d'accord avec lui-même lorsqu'il a maintenu ces variétés entre l'assurance et la rente viagère (3). Non, le législateur n'a pas fait une

(1) *Loc. cit.*, n. 22.

(2) Fenet, t. II, p. 401, art. 11.

(3) T. XVIII, n. 145. Cet auteur, comme je l'ai dit *suprà* à la note 2, s'est mépris, avec Delvincourt, sur la portée légale du contrat d'assurance ; et dès lors il n'est pas étonnant que cette critique lui ait échappé.

œuvre incohérente. Il a maintenu tous les principes. Seulement, il en a mesuré l'application suivant la nature et le but des divers contrats.

261. 2° (1).

(1) Add. Quid *si le constituant connaissait la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée?*— Duranton dit, n. 144 : "Il n'est pas douteux que la constitution ne produit aucun effet, dans le cas où celui qui a fourni la valeur de la rente ignorait, au temps de la constitution, la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée ; car le vice d'erreur, qui tombe ici sur la substance même du contrat, le rend nul et donne par conséquent lieu à la répétition de ce qui a mal à propos été payé comme prix de cette constitution ; mais dans le cas où il connaissait la mort du tiers, évidemment c'est une libéralité qu'il a voulu faire au constituant, de la chose qu'il lui a donnée pour prix de la constitution. Or, si, d'une part, cette libéralité n'est pas valable sous le rapport de la forme, en tant que les formalités prescrites pour la validité de actes portant donation n'ont pas été observées, que notamment l'acceptation *expresse* ne s'y rencontrerait pas ; d'autre part, cette donation reçoit toute sa perfection et sa consommation par la tradition réelle des deniers qui est faite lors du contrat : c'est un don manuel, et les dons de cette nature, ainsi que nous l'avons démontré en traitant des donations, n'ont pas besoin d'être faits par acte. Tout ce qu'il y a à conclure de celui qui renferme la constitution de rente, c'est que cet acte est nul, par conséquent c'est comme s'il n'existait pas. D'après cela, les deniers comptés ne sont point sujets à répétition ; mais sans préjudice de l'action en réduction des héritiers à réserve, si la quotité disponible avait été dépassée, et même de l'action en restitution pour cause de nullité, si celui qui les a reçus était incapable de recevoir à titre gratuit de la personne qui les lui a comptés.

" Ce que nous disons, que cette personne ne peut répéter les deniers dans le cas dont il s'agit, parce qu'elle en a fait un don manuel valable, est confirmé par ce qu'a écrit Pothier dans son traité *du Contrat de rente viagère*, n. 216 et suivants. Il suppose qu'une rente viagère est constituée simplement au taux ordinaire et l'égal de l'intérêt, et il dit qu'en ce cas, le contrat est censé renfermer une donation qui est faite au constituant de la somme d'argent qu'il reçoit, sous la réserve de la jouissance de cette somme pendant le temps que doit durer la rente, et pour le prix de laquelle jouissance le constituant s'oblige à payer ladite rente ; ce qui est parfaitement vrai ; et Pothier ajoute que cette donation étant d'une somme de deniers, elle reçoit toute sa perfection et sa consomma-

[ARTICLE 1906.]

262. Pour rendre le contrat de rente viagère parfait, il ne suffit pas qu'il y ait une personne existante naturellement, dont la vie doit régler la durée de la rente ; il faut encore que la vie de cette personne ne se trouve pas atteinte dans le temps du contrat d'un mal qui rende sa mort imminente ; sans quoi le contrat est nul.

L'article 1975 contient ici un progrès marqué sur l'ancien droit. Autrefois, on laissait au pouvoir discrétionnaire du juge l'appréciation des circonstances qui, tirées de l'état de maladie du crédirentier au moment du contrat, donnaient à ce contrat un caractère d'injustice (1). L'article 1975 a cru nécessaire de poser des règles plus précises. Il établit une présomption *juris et de jure*, par laquelle le sort de la rente viagère se trouve fixé *à priori*, sans recherches conjecturales, sans surprise pour les parties. Il veut que si la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée meurt, dans les vingt jours du contrat, de la maladie dont elle était atteinte à cette époque, la convention soit nulle et

tion par la tradition réelle des deniers qui est faite lors du contrat ; qu'il n'est pas besoin que l'acte soit conçu dans la forme des donations, ni qu'il soit insinué, une donation de deniers, lorsqu'il y a tradition réelle de ces deniers, pouvant se faire sans qu'il en soit passé acte. La constitution de la rente n'est pas la donation même, mais la charge sous laquelle le don a été fait au constituant, l'acte ne se passe que pour la preuve de cette charge. Or, la raison est la même dans le cas en question : la somme comptée pour une constitution de rente viagère, par celui qui savait que la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée n'existait plus à cette époque, est une véritable libéralité comme dans le cas prévu par Pothier ; toute la différence, c'est qu'elle est plus considérable, puisque aucun arrérage ne doit être payé , mais cette différence ne fait rien quant à la question de savoir si ce don manuel est valable, s'il est ou non sujet à répétition ; la vérité est qu'il n'y est sujet ni dans l'un ni dans l'autre cas. Dans le nôtre aussi, la constitution de rente n'est pas la donation, c'est la tradition des espèces qui constitue réellement le don ; l'acte de constitution est seulement un actenul, comme simulé."

(1) Casaregis, disc. 96, n. 50 et 51. Merlin, *Répert*, v° *Rente viagère*, n. 3.

sans effet (1). Par là s'éteint une source de procès, et l'arbitraire des tribunaux est remplacé par une règle sage et précise.

263. Je dis que cette règle est sage, et ceci me conduit à mettre en lumière l'esprit de l'art. 1975.

De deux choses l'une, en effet : ou le constituant ignorait l'état de la personne sur la tête de laquelle la rente a été créée, ou il le connaissait.

Dans le premier cas, le constituant est sans doute de bonne foi. Mais cette bonne foi ne saurait sauver le contrat du vice dont il a été infecté par l'erreur des parties ; erreur qui tombe sur une qualité substantielle, à savoir : la santé de la personne dont la vie doit régler la durée de la rente (2). Les contractants ont entendu faire quelque chose de sérieux, et non pas baser un simulacre de rente sur la tête d'un moribond ; ils n'auraient pas contracté s'il avaient connu cette situation extrême, qui rendait leur projet impossible (3).

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le constituant a connu le danger, le contrat est encore plus vicieux ; car, outre tous ces défauts, il manque encore du caractère aléatoire ; le constituant agit à coup sûr ; sous prétexte d'une chance illusoire, il se procure un bénéfice injuste ; il agit dans une pensée dolosive (4).

264. D'accord, dira-t-on, si la rente est constituée sur la tête d'une tierce personne ! Dans ce cas, toutes ces idées

(1) Add. " Le terme est bien court, dit Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 377. Il y a des maladies décidément mortelles, et qui durent beaucoup plus de vingt jours ; telles sont les maladies choniques, comme la pulmonie, l'hydropisie, etc., et même quelques maladies aiguës, comme la fièvre putride. Il me semble que l'on eût dû appliquer ici la disposition de l'art. 909, et déclarer l'acte nul, toutes les fois que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée était, au moment du contrat, atteinte de la maladie dont elle est décédée depuis."

(2) Pothier, n. 215.

(3) Portalis, *Exposé des motifs*. (Fenet, t. XIV, p. 545).

(4) Toullier, t. VI, n. 46.

sont justes, morales et conformes aux principes des contrats. Mais en est-il de même quand la rente est constituée sur la tête du créancier lui-même ? Ne peut-on pas dire alors que celui-ci, qui est présumé connaître son état, a voulu, ou que le contrat valût comme donation s'il ne guérissait pas, ou qu'il valût comme rente viagère s'il échappait au danger ? Un mourant peut et doit s'arranger d'après les calculs qu'il a formés. Qui peut l'empêcher de compter avec lui-même, sacrifier une somme qui lui devient inutile en cas de mort prochaine, pour se procurer un revenu plus considérable, une existence plus douce au cas de retour à la santé (1) ? Un homme accablé d'années, accablé d'infirmités, n'est-il pas capable de toutes sortes de contrats ? Ne peut-il pas donner (2) ? Pourquoi le contrat en question lui serait-il interdit, pour valoir, suivant l'éventualité, ou à titre de rente viagère, ou à titre de donation ?

Nous répondons que le législateur ne saurait admettre de pareils contrats à double intention présumée, à double condition non exprimée et sous-entendue. N'est-il pas plus vraisemblable d'ailleurs que le malade s'est fait illusion sur la gravité de son état, et qu'il n'a aliéné son capital à la rente viagère que parce qu'il a eu l'espérance de vivre, espérance trompeuse et vaine, qu'un spéculateur a peut-être fomentée et entretenue ? Un homme qui se sait à son lit de mort fait un testament ; il donne pour le moment, qui approche, où il ne sera plus. Mais il ne fait pas des contrats à titre onéreux pour cette vie qui lui échappe (3).

(1) Voyez un plaidoyer sur cette question devant le parlément de Provence. Merlin, v[s] *Rente viagère, Répert.*, n. 3.)

(2) Loi 42, § 1, D., *de mortis causa donat.*

(3) Add. Op. conf. de Zachariæ, § 388.

Toullier dit, t. VI, n. 47 : « Si l'erreur sur la nature et le danger de la maladie ne suffisaient pas pour annuler le contrat de rente viagère, il s'ensuivrait qu'il serait toujours valide lorsqu'elle aurait été créée sur la tête et au profit de la personne contractante qui en a fourni le prix ; car

265. Quant à celui qui traite avec lui, il comment une action qui n'est ni honnête ni légitime ; il joue à coup sûr et ne court aucune chance sérieuse. Comment donnerait-il à la convention le nom de contrat aléatoire, qui seul peut la valider ? Il a eu sécurité de l'événement ; il a exploité à son profit une inégalité de risques !

On a donc eu tort de soutenir que l'art. 1975 n'est pas applicable au créancier de la rente viagère, et qu'il doit être limité au cas où la rente est constituée sur la tête d'une tierce personne. Nous pensons, au contraire, que c'est sur-

il n'est guère possible qu'elle ignorât la maladie dont elle était atteinte. Cependant il ne parait pas douteux que, si elle décède dans les vingt jours, le contrat est nul, comme dans le cas où la rente a été créée sur la tête d'une tierce personne. Si celui qui achète une rente viagère sur sa tête n'ignorait pas la maladie dont il était atteint, il est moralement certain qu'il en ignorait le danger, à moins qu'on ne veuille dire qu'il a voulu faire un don à l'autre partie ; mais une donation ne se présume pas dans un contrat à titre onéreux."

Duranton, n. 149, traite *in extenso* la question et dans le même sens que Delvincourt, t. VIII in-8, p. 379 : " On a demandé si la disposition de notre art. 1975 s'applique au cas où la rente est constituée sur la tête de celui qui en fournit le prix et qui doit en jouir ? On a prétendu que non, et l'on donnait pour raison : 1° que l'art. 1975, en disant : *il en est de même*, etc., se réfère au cas prévu à l'article précédent ; or, dans celui-ci, il est évident qu'il s'agit d'une rente constituée sur la tête d'une personne autre que celle qui en fournit la valeur et qui a le droit d'en jouir ; 2° que dans le cas, au contraire, où c'est sur la tête du bailleur de fonds lui-même que la rente est constituée, ce bailleur de fonds, atteint, lors du contrat, de la maladie dont il meurt dans les vingt jours suivants, a eu évidemment en vue, connaissant son état, de faire une libéralité à celui qui a reçu les deniers et promis la rente ; or, comme nous l'avons dit plus haut, les libéralités de sommes, exécutées par le payement ou la délivrance des deniers, comme dans l'espèce, sont parfaites par cette exécution.

" Mais on peut répondre que l'article 1975 ne se réfère à l'article 1974, qu'autant qu'il veut dire que le contrat est nul dans le cas qu'il prévoit, comme il est nul dans celui de l'article 1974, et le cas qu'il prévoit est celui d'une rente constituée sur la tête d'une personne atteinte d'une maladie dont elle est venue à mourir dans les vingt jours de la date du

tout en vue du créancier malade qu'il a été édicté (1), afin d'éloigner du lit d'un moribond qui se fait illusion de coupables tentatives de spoliation.

266. La jurisprudence est du reste bien fixée en ce sens. Elle décide que l'article 1975 est général ; qu'il embrasse la personne contractante aussi bien que la personne tierce ; qu'il se lie à l'article 1974, avec lequelle il a similitude de résultat et de portée, si ce n'est que l'article 1974 dispose pour le cas de mort actuel, tandis que l'article 1975 dispose pour le cas de mort dans les vingt jours (2). Cette jurisprudence n'est pas nouvelle, d'ailleurs ; elle est conforme aux monuments de sagesse que nous devons à l'ancien droit (3).

contrat, et cela s'applique aussi bien au cas où la rente est constituée sur la tête de celui qui en fournit la valeur et qui doit en jouir, qu'au cas où elle est constituée sur la tête d'un tiers qui n'y a aucun droit, puisque l'article ne fait aucune distinction. On répond au second argument en disant que la personne malade au temps du contrat ne doit pas nécessairement être supposée avoir eu en vue le cas de sa mort prochaine ; elle pouvait fort bien ignorer la gravité de son état, et l'on voit tous les jours des personnes atteintes d'une grave affection chronique se faire illuston à cet égard ; en sorte qu'on ne peut pas dire avec certitude que celle qui a fourni les deniers pour obtenir une constitution de rente à son profit et qui était malade à cette époque, a eu en vue de conférer une libéralité au constituant. La question a été jugée dans le sens de la nullité du contrat, par arrêt de la cour de Rouen, en date du 25 janvier 1808 (Sirey. 1808, 2, 72), et en conséquence les héritiers du bailleur de fonds ont été admis à répéter les derniers fournis pour la constitution de rente."

(1) Denizart, *Vente*, n. 5. Casaregis veut qu'on prenne en considération l'état du créancier *tempore contractus*. (Décis. 96, n. 50.)

(2) Paris, 9 février 1807 (Devill., II, 2, 196.) Rouen, 25 janvier 1808 (Devill., II, 2, 334 ; Merlin, *Répert.*, v° *Rente viagère*, n. 3.) Cass., 19 janvier 1814 (Devill., IV, 1, 515.)

Add. Cette jurisprudence est approuvée par Favard de Langlade, *Répert*, v° *Rente viagère*, art. 1, n. 1.

(3) Merlin rapporte un arrêt du parlement de Provence du 19 juillet 1777, avec la discussion (*Répert.*, v° *Rente viagère*, n. 3) ; discussion intéressante et soignée, comme presque toutes celles que nous ont conservées les anciens recueils.

267. Mais l'article 1975 est-il applicable au cas où le moribond donne gratuitement une chose à la charge d'une rente viagère ?

Cette question n'en serait pas une, si un arrêt de la cour de Montpellier du 28 décembre 1832 (1) n'avait annulé, en vertu de l'article 1969 du code civil, un contrat fait par une personne qui était décédée dans les vingt jours de l'acte, et qui s'était réservé une rente viagère comme charge d'une donation qu'elle avait faite ! Conçoit-on que des magistrats, d'ailleurs expérimentés et pleins de lumières, aient pu oublier que l'article 1975 n'avait été déterminé que par des raisons inapplicables aux donations ? Est-ce qu'il n'est pas évident que les auteurs de l'article 1975 n'ont été mus que par la nécessité de maintenir, dans le contrat de rente viagère à titre onéreux, l'égalité des risques ? Et, dès lors, comment l'article 1975 serait-il applicable à une donation, c'est-à-dire à un contrat qui n'a rien d'aléatoire ? Cet arrêt inconcevable devait être cassé, et il l'a été par arrêt de la cour de cassation du 18 juillet 1836 (2), pour avoir essentiellement violé l'article 902 et faussement appliqué les articles 1969, 1974 et 1975 du code civil. La rédaction de cette décision de la cour suprême est soignée et savante. Il n'y manque qu'un mot, mais ce mot était essentiel : c'est que l'article 1975 est fait, non pas seulement en vue d'un contrat à titre onéreux, comme le dit l'arrêt, mais en vue d'un contrat aléatoire à titre onéreux, et devant nécessairement conserver le caractère aléatoire.

268. D'après ce que nous disions de l'esprit de l'article 1975, il résulte que la loi ne présume pas de la part du mourant la connaissance de son état. Cependant s'il résultait, en fait, qu'il avait connaissance de son danger, cette circonstance sauverait-elle le contrat de la nullité prononcée par notre article ?

(1) Dalloz, XXXIV, 2, 36. Il n'y a pas d'exposé des faits : grande lacune dans une notice.

(2) Dalloz, XXXVI, 1, 422, 423.

Je ne le pense pas, et ce serait le cas de dire : *Fecit quod non potuit ; et quod potuit, non fecit.* Il pouvait faire une donation ou un legs, franchement, légalement ; au lieu de cela, il préfère un contrat à rente viagère défendu par la loi dans les circonstances où il se trouve. Est-il donc en son pouvoir de créer un contrat aléatoire sans *alea* ? Est-ce qu'il dépend de lui de renverser ainsi toutes les conditions essentielles du contrat de rente viagère, lequel ne saurait subsister sans une chance incertaine ?

Dira-t-on que si le contrat ne vaut pas comme rente viagère, il pourra du moins subsister comme donation ? Mais on ne donne pas sans volonté de donner bien caractérisée. Or, où se rencontrent ici les preuves indubitables de cette volonté ferme et réfléchie ? ira-t-on les chercher dans le caprice bizarre d'un mourant (*ægri somnia*), qui, à son heure dernière, s'amuse à créer sur sa tête une rente viagère ? N'est-il pas vraisemblable qu'il n'a choisi la rente viagère plutôt que la donation que parce qu'il sentait au fond de son cœur une secrète espérance de vivre, et que, par conséquent, il se préférait à celui avec qui il a traité ? D'ailleurs ne peut-on pas croire facilement que ce dernier a entretenu cette fausse espérance pour se procurer, par le moyen de la rente viagère, plus consolant pour l'esprit du malade, ce qu'il ne pouvait obtenir par le moyen de la donation ?

La volonté de donner est donc trop problématique pour être admise. On ne lui trouve une base que dans la connaissance que le malade avait de son état, et l'on ne fait pas attention que cette connaissance n'exclut par l'espoir de revenir à la vie, qui subsiste jusqu'a dernier instant dans le cœur de l'homme. Le plus sûr est de s'en tenir à la sage prohibition de la loi (1).

(1) *Junge* Toullier, t. VI, n. 47.

Add. Où il dit : " Si les parties ont connu la maladie, il est à présumer qu'elles ont ignoré combien elle était dangereuse. Il est moralement certain que si les contractants avaient su que la maladie de la personne sur la tête de laquelle on se proposait d'acquérir la rente était de nature

269. La jurisprudence a même été plus loin. Nous la voyons ne tenir aucun compte des moyens par lesquels les parties, connaissant les circonstances de leur position respective et la rigueur de l'article 1975, auraient cherché à couvrir la nullité prononcée par cet article, à y renoncer, à en paralyser les effets (1). Cette sévérité est nécessaire ; elle maintient les salutaires effets de la loi qui, découvrant dans le cœur de l'acheteur de la rente l'espoir d'échapper à sa maladie, ne saurait croire à une libéralité certaine et réfléchie ; elle déconcerte les fraudes et les spéculations immorales.

270. Mais faisons-y bien attention : pour que le contrat s'écroule par la prescription *juris et de jure* de l'article 1975, il ne suffit pas que le crédirentier meure dans les vingt jours du contrat. Il faut encore que cette mort soit la conséquence d'une maladie existante *tempore contractus*. Que si le décès arrivait dans les vingt jours, par cas fortuit, et sans maladie préexistante, le contrat ne serait pas ébranlé. Ce serait une des chances naturelles contenues dans la convention.

271. Il y a plus ! Si le crédirentier était malade lors du contrat, et qu'il mourût dans les vingts jours, par une cause différente, par exemple, par un duel, une chute, etc., on ne

à lui causer la mort dans les vingt jours, l'acquisition n'eût point été faite, puisqu'une rente viagère sur la tête d'une personne mourante n'est d'aucune valeur. Or, il n'y a point de consentement valable quand il y a erreur. Portalis, Exposé des motifs."

Op. conf. de Zachariæ, § 388.

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 15 juillet 1824 (Dalloz, XXIV, 1, 371). La notice de cet arrêt est faite avec beaucoup de soin. Voy. aussi la *Collect. alph.* du même, v° *Rente viagère*, p. 574. Dans cette espèce, les parties avaient antidaté l'acte.

Add. Zachariæ dit aussi que le contrat est nul lors même que les parties auraient manifesté l'intention de déroger à cet égard aux dispositions de la loi. Op. conf. de Boileux, sur l'art. 1975 ; de Dalloz, *Rente*, sect. III, n. 14.

serait pas fondé à enlever au vendeur de la rente le gain que lui procure cet événement imprévu (1).

272. Ce serait aussi une vaine tentative que d'attaquer le contrat, si la maladie existante à l'époque de la convention n'avait occasionné la mort qu'après les vingt jours. L'article 1975 donne une présomption *juris et de jure* dont il n'est pas permis de sortir par des appréciations arbitraires, incompatibles avec l'esprit de la loi nouvelle (2). Si dans beaucoup de cas cette présomption milite contre le débiteur de la rente, il en est d'autres aussi où elle parle en sa faveur (3).

273. C'est au demandeur en nullité à prouver l'état de maladie au temps du contrat, et le décès dans les vingt jours par suite de cette maladie (4). Delvincourt croit qu'il suffit de prouver la maladie et le décès, et que c'est à l'adversaire

(1) Delvincourt, t. III, p. 425 (notes). Duranton, t. XVIII, n. 146.

Add. Op. conf. de Duranton, n. 146, : " Car il est incertain dans ce cas si la personne serait morte dans les vingt jours de la date de l'acte, et de la maladie dont elle était atteinte au temps où le contrat a été passé."

(2) *Suprà*, n. 262.

(3) Grenoble, 5 fructidor an XII (Dalloz, *Rente*, p. 573, note 1.)

Add. Boileux énonce en ces termes les trois conditions requises pour l'application de l'art. 1975 : "Pour que la résiliation ait lieu, notre article exige trois conditions, il faut :

" 1° Que la personne ait été malade au moment du contrat ; si elle se portait bien à cette époque, quand même elle serait morte peu de jours après, la convention produira son effet :

" 2° Qu'elle ait succombé à la maladie dont elle était affectée : si la mort avait été occasionnée par toute autre cause, le contrat ne sera pas vicié ;

" 3° Enfin, il faut que le décès ait eu lieu dans les vingt jours de la date du contrat."

Op. conf. de Duranton, n. 146.

(4) Add. Deleurie dit, n. 11584 : " La preuve par témoins est admissible pour établir que le créancier de la rente viagère était, lors de la constitution, atteint de la maladie dont il est mort avant l'expiration des vingt jours."

à démontrer que le décès n'a pas été la suite de la maladie (1). En principe, cette doctrine est fausse. Le demandeur doit justifier pleinement sa demande, et il n'arrive à ce but qu'en montrant la liaison de la maladie et du décès. La médecine et l'anatomie ne manque pas de moyens pour établir à cet égard l'ordre et l'enchaînement des faits (2).

274. La grossesse n'est pas une maladie ; elle est un état naturel (3). Si une femme enceinte avait acheté une rente viagère dans le temps de sa grossesse, et qu'elle décédât dans les vingt jours en accouchant, on ne pourrait appliquer au vendeur de la rente l'article 1975, édicté seulement pour le cas de maladie. Il en serait autrement si la grossesse était compliquée d'un état maladif qui compromettait les jours de la femme, et avait rendu l'accouchement mortel (4).

275. Quand une rente est constituée successivement et sans diminution sur deux têtes, et que l'une d'elles vient à s'éteindre dans les circonstances prévues par l'article 1975, le contrat n'est pas frappé de nullité. La raison en est qu'il a été aléatoire *ab initio*, à raison de l'existence de l'autre tête ; ce serait par conséquent fausser la pensée du législateur que d'étendre à ce cas l'article 1975, fait pour l'hypothèse où il y a défaut de chance aléatoire. Cet article est une exception à la règle générale qui veut que les conventions tien-

(1) T. III, p. 425, n. 8 (notes).
Add. Boileux, cite dans ce sens : Paris, 13 juillet 1808.

(2) *Junge* Duranton, t. XVIII, n. 147.

(3) Ricard, *Donat.*, part. I, n. 108, 109, 110.

(4) Delvincourt, t. III, p. 424. Duranton, t. XVIII, n. 147.
Add. Dans le même sens Rolland de Villargues, *Rente viagère* n. 28 ; Dalloz, *Rente* sect. III, n. 11. *Quid* en effet, dit Delvincourt, s'il s'agissait d'une femme contrefaite, et dont en conséquence l'accouchement dût, très-probablement, être périlleux ? "
En sens contraire, Duranton, n. 148, où il combat Delvincourt en disant : " Nous n'admettons pas nous-même cette modification ; cet état n'est pas non plus une maladie, et ce serait trop laisser à l'arbitraire, car des femmes contrefaites souvent enfantent heureusement."

nent lieu de loi entre les parties; et une exception doit être maintenue dans ses limites (1).

(1) Cass. (chambre civile, *cass.*), 22 février 1820; Grenoble, 22 juin 1822 (Dalloz, *Rente*, p. 572, n. 1).

Add. Op. conf. de Rolland de Villargues, *Rente viagère*, n. 27; de Dalloz, *Rente*, sect. III, n. 9 (voy. ci-dessous, n. 275 2°); de Duranton, n. 150.

L'arrêt de la cour de Grenoble est recueilli dans D. A., édit. in-8°, t. XXIII, p. 407, en cause de Dallemagne contre Carron. Duport-Lavillette avait donné dans cette affaire une consultation dans un sens contraire à la solution. Cette consultation se trouve au tome V, page 429, de ses œuvres : en voici l'analyse.

Il pose ainsi la question : " Faut-il déclarer valable ou nul un contrat par lequel un propriétaire, atteint d'une maladie incurable dont il est décédé dix jours après, a vendu un domaine considérable, moyennant un prix dont les trois quarts environ consistaient en une rente viagère, constituée au 9 p. c. d'abord à son profit, et réversible, après lui, sur la tête de deux vieillards, dont l'un était âgé de quatre-vingts ans et l'autre de soixante et dix-huit."

Duport-Lavillette rappelle d'abord les principes généraux sur les conditions requises pour la validité des conventions. Il insiste sur les art. 1108, 1109, 1110 et 1131; puis il continue en disant : " C'est par une conséquence tirée de ces règle generales que, dans le titre relatif aux contrats aléatoires, le code a disposé, à l'art. 1974, que tout contrat de rente viagère, créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet; et à l'art. 1975, qu'il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

" Ces dispositions ne sont pas nouvelles, elle étaient déjà observées sous l'empire du droit romain, sauf qu'on n'avait pas fixé le nombre de jours pendant lesquels le rentier devait survivre, pour que le contrat de rente viagère intervenu avec un malade pût être variable et avoir son exécution. Les tribunaux étaient libres de se décider d'après les circonstances, et les auteurs du code ont voulu faire cesser tout arbiraire sur ce point, en fixant à vingt jours la durée de la survie du rentier, pour la validité du contrat en pareil cas.

" La cour de cassation, en refusant d'appliquer l'art. 1975 au contrat de rente viagère qui forme l'objet du procès, quoique le rentier fût mort de la maladie dont il était atteint dans les vingt jours de la date du con-

trat, est partie du point que cet article forme une exception au droit commun ; que cette exception a été déterminée par le défaut de chance aléatoire ; qu'elle doit être maintenue dans les limites prescrites par le législateur ; qu'elle s'appliquait seulement au cas où la rente n'avait été créée que sur la tête d'une personne ; mais que, dans l'espèce, la rente ayant été déclarée réversible en totalité sur deux autres têtes, après le décès de l'abbé Cheynel, la chance aléatoire, qui était la base des contrats de rente viagère, avait continué d'exister après sa mort, en vertu de l'art. 1972 du code, qui permet de constituer une pareille rente sur plusieurs têtes.

" Ainsi, dans le système adopté par l'arrêt de la cour de cassation, c'est la chance aléatoire qui est la principale base du contrat de rente viagère, et les art. 1974 et 1975 du code ne rendraient le contrat nul, dans les cas y exprimés, qu'à cause du défaut de cette chance aléatoire; ils doivent cesser d'avoir leur application, pourvu que, dans ces mêmes cas, il existe une chance aléatoire quelconque dans l'exécution des contrats.

" C'est précisément en adoptant ces motifs que l'arrêt a commis une erreur évidente.

" La chance aléatoire est bien une des bases du contrat de rente viagère ; car pour que ce contrat puisse valoir, il faut que chaque partie coure la chance de gagner ou de perdre.

" Mais ce n'est pas là la seule base du contrat de rente viagère stipulé à titre onéreux ; ii faut encore que le contrat renferme les quatre conditions nécessaires pour la validité de tous les genres de contrat : il faut surtout qu'il soit revêtu du consentement libre et volontaire des parties, que ce consentement n'ait pas été donné par erreur, et que leur engagement soit fondé sur une cause réelle et licite.

" Si l'absence de toute chance aléatoire suffit pour rendre nul un contrat viager, on ne doit pas en conclure que l'existence d'une chance aléatoire quelconque suffise pour le rendre valable ; il peut encore être déclaré nul par la violation des règles communes à tous les contrats. Cela est de la dernière évidence.

" Il est surtout certain que l'art. 1975 n'a pas pu être déterminé par le défaut de chance aléatoire, car la rente créée sur la tête d'un malade n'est pas pour cela dépourvue de toute chance de gain ou de perte ; on n'est jamais assuré qu'un malade périra de la maladie dont il est atteint, et surtout dans l'espace de vingt jours. Le plus grand nombre de malades guérissent de leurs infirmités, et souvent on voit réchapper ceux dont les médecins les plus instruits avaient prédit la mort prochaine.

" Il suffit donc qu'une rente viagère soit créée sur la terre d'une per-

sonne vivante, pour qu'il y ait une chance aléatoire en faveur de cette personne. Paar conséquent, ce n'est pas l'absence de toute chance aléatoire qui a déterminé la disposition de l'art. 1975.

" Quel est donc le véritable motif de la disposition de cet article? Personne ne peut mieux nous l'apprendre que celui qui a été le principal rédacteur du projet du code civil, qui a assisté à toutes les conférences qui ont eu lieu au conseil d'Etat, quand on a arrêté définitivement les dispositions de ce code, et qui est souvent venu rendre compte au corps législatif des motifs des mêmes dispositions, que Portalis, enfin, dont les lumières et les éminentes qualités immortaliseront la mémoire.

" Portalis, dans son exposé des motifs du titre *des Contrats aléatoires*, s'est expliqué en ces termes :

" Tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne qui " était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet. Cela est évi- " dent, car le contrat se trouve sans cause.

" Nous avons cru aussi devoir déclarer la nullité du contrat, quand la " rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont " elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

' En effet, il est certain que si les contractants eussent connu la mala- " die de la personne sur la tête de laquelle on se proposait d'acquérir la " rente, l'acquisition n'eût pas été faite, puisqu'une rente viagère, sur la " tête d'une personne mourante, n'est d'aucune valeur.

" Or, on sait qu'il n'y a point de véritable consentement quand il y a " erreur, ou sur la chose, ou sur les qualités essentielles de la chose qui " forme la matière du contrat."

' Ce sont donc le défaut de cause et l'erreur dans le consentement qui ont déterminé le conseil d'Etat à déclarer nuls et sans effet les contrats de rente viagère, dans les deux cas prévus par les art. 1974 et 1975, et l'on n'est point fondé sur le défaut de chance aléatoire qui ne peut pas même se supposer dans le cas de ce dernier article.

' Toullier, dans son ouvrage sur le droit français, t. VI, n. 46, p. 49, explique également que les art. 1974 et 1975 du code sont fondés sur le défaut de cause et sur l'erreur des parties dans le fait qui a déterminé ce contrat. Il donne à son opinion plus de développement que Portalis, et s'appuie de plus sur la doctrine des anciens auteurs.

Pothier professait les mêmes principes et en donnait les mêmes motifs sous l'ancienne jurisprudence, ainsi qu'on peut le voir dans son *Traité du contrat de rente viagère*, n. 224 et 225.

" Il est évident, en effet, que quand une personne malade se détermine à abandonner un capital pour obtenir une rente viagère, dans la vue d'augmenter ses revenus, c'est parce qu'elle a l'espoir d'une guérison

plus ou moins prochaine, et de pouvoir jouir longtemps encore de la rente par elle acquise.

" Si elle vient à mourir dans les vingt jours, il y a présomption légale que son état dès lors était désespéré ; mais elle n'en était pas instruite : tous ceux qui entourent un malade ont soin de le tranquiliser sur sa situation, et de l'assurer d'une guérison plus ou moins prochaine. Le médecin qui le traite l'entretient dans cette confiance, quoiqu'il l'ait lui-même perdue. Ses parents, ses amis, son médecin, peuvent souvent prévoir sa mort prochaine mais ils se garderont bien de l'en instruire ; ils lui laisseront l'espoir jusqu'à son dernier moment, et si dans cette position, il consent à convertir ses capitaux en rentes viagères, ce ne peut être que parce qu'il s'abuse sur son état et sur la gravité de sa maladie ; il ne sacrifierait pas ses capitaux pour rien, s'il était persuadé qu'il n'eût plus que quelques jours d'existence.

" Ce n'est donc que par erreur qu'il se résout à passer un pareil contrat, auquel il n'aurait pas songé, si la vérité lui eût été connue. Il y a de plus été déterminé par une fausse cause ; car cette cause était l'espoir de jouir de la rente assez longtemps pour qu'elle pût équivaloir au capital qu'il fournissait, et cet espoir n'existait plus pour lui.

" On peut même dire que le contrat est basé sur une cause illlicite, relativement à celui qui s'est obligé au payement de la rente, au moyen d'un capital fourni ; car celui-là pouvait très-bien connaitre l'état désespéré du malade, que personne n'avait intérêt de lui cacher ; et celui qui spécule sur la mort prochaine d'un moribond, pour s'approprier des capitaux, dans la certitude de ne rien fournir en équivalent, ou de fournir très-peu de chose, fait réellement un marché illicite et contraire aux bonnes mœurs. La loi qui annule le contrat de rente viagère établi sur la tête d'un mourant, défend par la même de faire avec lui un pareil contrat, et toute cause prohibiée par la loi est nécessairement illicite ; elle l'est d'autant plus dans ce cas, que le contrat n'a pu évidemment avoir lieu que parce qu'on a trompé le mourant sur les suites de l'état où il se trouvait, et en lui donnant l'espoir d'une jouissance qui allait lui échapper. L'humanité commandait bien de l'abuser ainsi, pour tranquilliser son esprit jusqu'à ses derniers moments ; mais cette tromperie, qui était innocente et même louable dans l'intérêt personnel du malade, devient un dol répréhensible, quand on s'en est servi pour le priver de sa fortune.

" Concluons donc que la cour de cassation a évidemment commis une erreur dans l'opinion qu'elle s'est formée sur les motifs qui ont déterminé l'art. 1975 du code ; cet article ne renferme point une exception au droit commun, comme elle l'a prétendu ; il renferme, au contraire, une juste

application des règles établies par le droit commun sur les contrats en général ; il n'est point basé sur le défaut absoln de chance aléatoire, défaut qui n'existe pas en pareil cas, mais sur le défaut de cause licite et sur l'erreur évidente dans laquelle le malade a été induit relativement à sa situation physique et au motif déterminant du contrat : erreur sans laquelle on n'aurait pas obtenu de lui le consentement qu'il a donné à l'acte.

" Ce premier point établi, il n'est plus possible de soutenir que la nullité du contrat de rente viagère, résultant de ce qu'elle a été établie au profit d'un moribond, décédé dans les vingt jours, doit être restreinte au cas où la rente n'a été créée que sur une seule tête.

" Quoique l'art. 1975 du code s'exprime à cet égard au nombre singulier, ce n'est point pour exclure de sa disposition les contrats passés au profit de plusieurs personnes, mais seulement parce que la loi emploie toujours le même mode, quand elle établit des règles générales en matière de contrats. Le législateur parle toujours comme s'il n'y avait qu'un seul contractant de chaque côté, ce qui n'empêche pas que sa disposition ne doive également être suivie quand il y en a plusieurs.

" Alors il n'est point nécessaire que le défaut de cause ou l'erreur s'applique à la totalité de la chose qui fait la matière du contrat, et à tous ceux qui doivent en profiter ; il suffit que ce moyen de nullité tombe sur la partie essentielle de la chose, et qu'on puisse dire que le contrat n'aurait pas eu lieu si le consentement n'eût pas été erroné et que la principale partie eût connu l'absence d'une cause licite.

" Ainsi dans le contrat de vente, la vente ne peut être valable qu'autant que le vendeur et l'acquéreur ont respectivement donné leur consentement libre, tant sur la chose que sur le prix. Si l'acquéreur croyant avoir acheté une chose d'une étendue déterminée, et ayant fixé le prix en conséquence, il arrive qu'on ne puisse lui délivrer qu'une chose d'une nature différente ou d'une moindre étendue que celle qu'il a cru acheter, il y a erreur dans son consentement, et il peut faire annuler la vente pour le tout.

" Il en est de même si l'erreur est tombée sur la quotité du prix que l'acquéreur a entendu promettre, ou que le vendeur a voulu recevoir.

" Il en est de même aussi à l'égard du contrat de rente viagère ; car dans la nature de ce contrat, il faut bien qu'il y ait une chance de gain ou de perte pour chacun des contractants, comme dans tous les contrats aléatoires, c'est-à-dire, que chacun des contractants doit courir la chance de gagner plus ou moins ou de perdre plus ou moins, selon l'issue de l'événement incertain qui a été prévu entre eux. Si l'un d'eux ne pou-

vait que perdre sans rien gagner, le contrat manquerait par une de ses bases essentielles et serait nul de plein droit.

" Mais, comme on l'a déjà dit, il ne suffit pas pour la validité de ce contrat qu'il y ait une chance aléatoire quelconque, il faut encore qu'elle soit telle que les deux parties ont entendu l'établir, et qu'il n'y ait ni erreur dans leur consentement, ni défaut de cause dans les conditions essentielles du contrat. L'erreur ou le défaut de cause peut également l'anéantir quoiqu'il y reste une chance aléatoire, si cette chance n'est pas celle sur laquelle les parties ont entendu baser leur accord.

" Quoique les chances de gain ou de perte dépendent d'un événement incertain, elles ne sont pas pour cela d'égale valeur, les divers événements incertains qui forment la matière du contrat aléatoire ne sont pas tous les mêmes ; ils présentent plus ou moins de probabilité, selon les circonstances, et les engagements qui en dépendent ont plus ou moins d'importance, selon la différence de ces probabilités.

" Ainsi quand une rente viagère est créée sur plusieurs têtes, elle doit naturellement être établie à un taux moins élevé, eu égard au capital fourni, que quand elle n'est que sur une seule tête ; car il est probable que plusieurs rentiers vivront plus longtemps qu'un seul.

" L'âge des rentiers influe beaucoup aussi sur le taux de la rente, car un jeune homme doit vivre plus longtemps qu'un vieillard.

" De là il suit que quand une rente a été constituée réversible sur plusieurs têtes, on a dû en diminuer le taux en conséquence de la probabilité d'une plus grande durée de leur existence ; mais celui qui a fourni le prix de la rente, et qui doit en profiter en première ligne, a dû compter aussi sur la faculté d'en jouir lui-même toute sa vie, car c'est l'espoir de sa jouissance personnelle qui a été la principale cause déterminante du contrat. La réversibilité de la rente sur d'autres têtes, après lui, n'a été qu'un motif accessoire ; s'il eût cru ne pouvoir pas jouir lui-même de la rente, il n'aurait pas livré ses capitaux uniquement pour l'intérêt d'autrui ; et s'il eût pensé que la rente ne pourrait profiter qu'à ceux à qui il la rendrait réversible, et que malgré cela il eût voulu la constituer, il l'aurait fait porter à un taux plus élevé.

" Quand on constitue une rente sur trois têtes successivement, on entend donc contracter en conséquence de la chance aléatoire que présente la durée de la vie de ces trois têtes ; il faut que toutes les chances prévues existent réellement en conformité de l'intention des contractants.

" Si l'une de ces chances n'existe pas, soit parce qu'une des têtes indiquées se trouvait déjà morte à l'époque du contrat, soit parce qu'elle était dans un tel état de maladie qu'elle devait mourir dans moins de vingt jours, le contrat doit demeurer sans effet, parce qu'il n'est plus tel

que les parties ont voulu et entendu le faire ; parce qu'il y a défaut de cause sur un des motifs déterminants de ce contrat ; parce qu'enfin il y a eu nécessairement erreur sur un des objets essentiels qui ont déterminé le consentement des contractants ; et quoique le défaut de cause et l'erreur n'aient affecté qu'une partie de la convention, elle n'est pas moins nulle pour le tout, dès qu'elle n'est plus conforme à la volonté qu'avaient eue les contractants.

" Cela est surtout indubitable quand le défaut de cause ou l'erreur sont relatifs à l'intérêt de la partie principale, de celle qui a fourni le capital de la rente viagère, dans l'espoir de profiter elle-même de cette rente en première ligne ; si celle-là se trouve décédée ou est sur le point de décéder dans peu de jours, au moment où le contrat est stipulé à son profit, n'est-il pas évident que le contrat pèche par l'absence de la principale cause qui l'a déterminé, et par l'erreur où se sont trouvés les contractants sur l'objet qui a essentiellement donné lieu à la création de la rente ? Qu'importe qu'il reste encore une chance aléatoire relativement au débiteur de cette rente ? Il est certain au moins qu'il n'en reste aucune pour celui qui en a fourni le prix et qui voulait en profiter ; il est certain que la chance à laquelle le débiteur est encore soumis n'est pas celle qu'on a eue principalement en vue et sur laquelle ont été basées les conditions du contrat ; il est certain enfin qu'il y a toujours eu erreur et absence de cause dans la partie essentielle du contrat, qui n'aurait pas eu lieu si on eût prévu que cette partie demeurerait sans exécution et sans effet.

" C'est par cette raison que les art. 1974 et 1975 du code doivent être appliqués à ce cas, aussi bien qu'à celui où la rente est établie sur une seule tête, parce qu'on a vu que ces articles ont eu pour motifs que, dans les cas qu'ils expriment, il y a eu défaut de cause et erreur substantielle dans le consentement, et parce que ces deux vices rendent nécessairement nulles et sans effet les conventions qui en sont infectées, lors même qu'ils n'affectent qu'une partie des objets de la convention.

" Dans le cas présent, ces principes doivent recevoir une application d'autant plus rigoureuse, que le contrat de rente viagère a été stipulé principalement dans l'intérêt personnel de l'abbé Cheynel, et que la réversibilité de la rente sur la tête des mariés de Mareste n'était, dans son intention, qu'un accessoire de très petite importance.

" C'est l'abbé Cheynel qui a fourni le prix entier de la rente par la vente d'un domaine dont la valeur, déduction faite de l'introge, arrivait au moins à 114,000 francs.

" C'est au profit de l'abbé Cheynel que la rente de 10,000 francs a d'abord été stipulée ; elle l'a été au taux d'environ 9 p. c. ; il avait donc

évidemment l'espoir d'en jouir pendant assez de temps pour qu'elle pût devenir l'équivalent de la valeur qu'il fournissait.

" Il a stipulé la réversibilité de cette rente sur la tête des mariés de Mareste ; mais cette réversibilité ne pouvait être à ses yeux qu'une chance très-éventuelle et de bien peu d'importance, car étant âgés l'un de soixante et dix-huit et l'autre de quatre-vingt ans, tandis qu'il n'avait lui-même qu'environ cinquante ans, il devait s'attendre à leur survivre.

" C'est donc pour lui principalement que la rente viagère a été stipulée ; elle n'a pu l'être ainsi que parce qu'on lui laissait ignorer l'état désespéré de la maladie dont il était atteint, et parce qu'il conservait l'espoir d'une guérison plus ou moins prochaine. Aurait-il sacrifié une valeur de 114,000 francs pour ne rien recevoir, s'il eût su qu'il n'existerait plus dans l'intervalle de dix jours ? Il n'y a qu'un insensé qui, se croyant aux portes du tombeau, puisse concevoir l'idée de convertir ses capitaux en viager.

" L'abbé Cheynel est décédé au bout de dix jours, et relativement à lui, le contrat est déclaré sans effet par l'art. 1975 du code, qui exige une survie de vingt jours au moins quand la rente est établie sur la tête d'un malade.

La réversibilité de la rente en faveur des mariés de Mareste, n'étant qu'une conditition accessoire du contrat, ne peut pas empêcher l'application de l'art. 1975, parce que cet article, conçu en termes généraux, est basé sur le défaut de cause dans le contrat et d'erreur dans le consentement ; parce que ces deux vices rendent nuls et sans effet les actes qui en sont infectés, quoiqu'ils ne portent pas sur la totalité de l'objet de la convention, et parce qu'il est évident que l'abbé Cheynel n'aurait point fait le contrat, s'il eût connu son état et qu'il eût su qu'il ne pourrait jamais profiter de la rente stipulée à son profit.

" La réversibilité de cette rente sur la tête de deux octogénaires n'aurait pas pu seule donner lieu au sacrifice d'une propriété de 114,000 francs pour une rente au 9. p. c.

" La loi 68, ff. *ad legem Falcidiam*, en calculant les probabilités de la vie humaine pour l'estimation des revenus viagers, dispose que depuis l'ége de soixante ans on ne doit calculer que sur cinq ans de vie ; ce serait donc beaucoup si à l'âge de soixante et dix-huit et de quatre-vingts ans on comptait sur trois ans à l'égard de deux vieillards ; et l'événement a prouvé qu'on ne devait pas y compter, puisque les mariés de Mareste, sont tous les deux décédés dans l'intervalle de deux années et demi.

" Si donc, dans le contrat dont il s'agit, les parties n'eussent voulu avoir égard qu'à la chance de la durée de la vie des mariés de Mareste, et

qu on eût compté pour rien celle de la vie de l'abbé Cheynel, c'est à 25,000 ou 30,000 francs au moins que la rente aurait dû être fixéé ; et en ne la portant qu'à 10,000 francs, il était clair que l'abbé Cheynel a compté principalement sur la durée de sa propre existence, malgré l'état de maladie où il se trouvait, eu égard à ce qu'il était encore dans la vigueur de l'âge..

" Mais il y a plus : suivant le contrat en question, la réversibilité stipulée au profit des mariés de Mareste n'a pas été gratuite : l'abbé Cheynel ne leur a accordé qu'en y mettant un prix, et ce prix a été la libération de 24,000 francs que, suivant l'acte, les mariés de Mareste lui auraient prêtés quand il avait fait l'acquisition du domaine qu'il vendait au général Dallemagne ; et comme ce domaine avait été acquis et payé en assignats, ces 24,000 francs ne pouvaient être qu'en assignats.

" Puisque le prix de la réversibilité de la rente a été déterminé dans l'acte à 24,000 francs prêtés en papier, il est clair que le surplus du capital fourni pour acquérir la rente, arrivant au moins à 90,000 francs, a formé le prix particulier de la jouissance personnelle que devait avoir l'abbé Cheynel de cette rente ; et l'acte étant considéré sous ce rapport, le contrat doit être déclaré nul, en exécution de l'art. 1975 du code, quand même on adopterait l'opinion de la cour de cassation sur les motifs et l'application de cet article.

" En effet, suivant l'arrêt de cette cour, l'article 1975 n'a été déterminé que par le défaut de chance aléatoire ; or, il n'y avait plus de chance aléatoire pour l'abbé Cheynel, si son décès survenait dans les vingt jours, et le capital par lui fourni pour la jouissance personnelle qu'il devait avoir de la rente étant distingué dans l'acte du prix stipulé pour la réversibilité de la même rente en faveur des mariés de Mareste, il fallait bien qu'il reçût un équivalent du prix particulier qu'il avait mis à la rente, pour le temps où il devait s'en prévaloir, et cet équivalent ne lui étant pas fourni, le contrat doit être déclaré nul à son égard, comme si la rente n'eût été constituée que sur sa tête. La réversibilité de la rente, faite moyennant un prix distinct et séparé, ne peut plus rendre valable le contrat en ce qui le concernait lui-même : c'est un contrat particulier dont le prix et les conditions, ayant été stipulés séparément, ne pouvaient plus influer sur le sort de la constitution de rente créée à son profit ; ce n'était que pour sa propre jouissance que le surplus du capital fourni était abandonné au débiteur de la rente, et il fallait bien au moins qu'il obtînt chance aléatoire en sa faveur pour que le contrat pût avoir son effet.

" A plus forte raison doit-on le décider de même quand il est démontré que l'art. 1975 du code n'est que la conséquence du principe général

qui annule les conventions sans cause licite ou sous un consentement erroné, principe qui doit être appliqué à toute espèce de contrat où ces deux vices se rencontrent, quelque soit le nombre des parties intéressées au contrat, et quand même l'erreur ou le défaut de cause ne tomberait pas sur la totalité des dispositions qu'il renferme, car il suffit que ces vices affectent une des parties essentielles de l'acte pour le rendre totalement nul.

" On finira par faire observer, sur cette question principale du procès, que les art. 1974 et 1975 du code ne renferment pas des dispositions nouvelles, ils n'ont fait que confirmer les principes déjà adoptés auparavant sur cette matière, en déterminant seulement d'une manière fixe l'espace de temps pendant lequel le rentier devait survivre quand il était malade au moment de la création de la rente.

" Or, avant le code, on ne mettait aucune difficulté à juger qu'une rente viagère constituée au profit d'une personne malade, et qui était décédée bientôt après par suite de la même maladie, était nulle, malgré que la rente fût réversible sur d'autres têtes. C'est, entre autres, ce qui fut jugé au parlement de Provence par un arrêt du 19 juillet 1777, que rapporte Marlin dans son *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Rente viagère*, n. 3.

" Il s'agissait d'un passementier qui, dans sa dernière maladie dont il mourut quelques jours après, avait constitué à prix d'argent une rente viagère dont la moitié était réversible sur la tête de sa femme; ses héritiers, après sa mort, attaquèrent le contrat de nullité, en se fondant sur le défaut de réciprocité dans les chances aléatoires, telles que les parties avaient eu l'intention de les établir. Le débiteur de la rente soutenait, au contraire, comme le font les héritiers Dallemagne, que la réversibilité établie au profit de la femme du principal rentier, qui était en très-bonne santé et dans la vigueur del'âge, suffisait pour faire disparaître toute inégalité dans les chances et pour rendre le contrat valable ; mais, malgré cela, le parlement d'Aix, ne considérant sans doute que l'absence de la principale cause qui avait donné lieu au contrat, et le défaut de réciprocité dans les chances aléatoires que les parties avaient voulu établir, n'hésita pas à déclarer l'acte nul pour le tout.

" Merlin, après avoir rapporté cet arrêt et analysé les raisons que chaque partie avait fait valoir, remarque que la jurisprudence du parlement d'Aix a été érigée en loi par les art. 1974 et 1975 du code civil. Donc, dans son opinion, ces deux articles doivent être appliqués même au cas où la rente a été déclarée réversible sur plusieurs têtes ; et, en effet, le code n'ayant fait que confirmer les anciens principes sur ce point, il n'y a pas moins de raison pour qu'on doive les appliquer à tous les cas où ils doivent l'être d'après l'ancienne jurisprudence."

275 2° (1).

276. Pour compter les vingt jours, on fait abstraction du jour où le contrat a été passé. C'est ce qu'a très-bien décidé la cour de Rouen par arrêt du 3 décembre 1821 (2). Ceux qui ont lu ma dissertations sur le calcul du jour *à quo*, dissertation publiée dans mon *Commentaire des Hypothèques* (3).

(1) Add. Quid *si les deux personnes sur les têtes desquelles la rente est constituée mouraient dans les vingt jours* ?—Dalloz répond, v° *Rente*,sect. III, n. 9 : " Par l'expression *une personne*, dont le législateur s'est servi dans l'article 1975, a-t-il voulu restreindre l'effet de cet article au cas où la constitution serait faite sur la tête d'une seule personne, de telle sorte qu'il doive cesser d'être applicable lorsqu'elle est faite sur plusieurs têtes ? Pour bien résoudre cette question, il faut l'examiner sous deux rapports : celui où une des personnes sur la tête de qui la rente était constituée est décédée dans les vingt jours, et celui où elles le sont toutes. Dans le premier cas, il nous semble qu'il est juste de dire que la mort d'une seule personne n'a pas détruit la chance qui forme la base du contrat de rente viagère, puisque, malgré ce décès, le constituant n'en est pas moins exposé à servir la rente pendant longues années, et que, dès lors, le contrat est valable. Mais dans le second cas, on ne peut pas faire le même raisonnement : il n'y a plus de chance, et le but de la loi n'est pas rempli. Cependant nous sommes porté à penser qu'on doit décider de même que dans la première hypothèse. Cela résulte d'un rapprochement bien simple. D'abord il est certain que l'article 1975 renferme une exception au droit commun, et que dès lors il doit être restreint aux cas qu'il prévoit spécialement. L'article 1972 permet de créer des rentes viagères sur une ou plusieurs têtes (*Recueil périodique*, 1839, 1, 70), sans aucune restriction ni modification ; tandis que l'art. 1975 porte seulement que le contrat sera nul lorsque la rente aura été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle meurt dans les vingt jours de la date du contrat. Comment donc, en présence de dispositions aussi claires, et lorsque le législateur a fait lui-même la distinction, confondre les deux cas et appliquer la disposition de l'art. 1975 à une rente créée sur la tête de plusieurs personnes, lorsqu'il résulte de son texte qu'il ne s'applique qu'aux rentes créées sur la tête d'une seule personne ? "

(2) Dalloz, v° *Rente*, p. 571, note 1.

(3) Nos 293 et suivants.

seront convaincus que cet arrêt contient une application des vrais principles de la matière (1).

277. Quand l'acte constitutif de la rente viagère est sous seing privé, la facilité de l'antidater offirirait un moyen d'échapper à l'article 1975, si les héritiers n'étaient reçus à décliner la date apparente, et à prouver qu'elle manque de sincérité (2). Ils sont tiers en effet pour mettre en lumière la fraude faite à la loi et à leur intérêt, et pour exercer l'action qui découle en leur faveur de l'article 1975 (3). Sans doute, il y a dans l'article 1322 du code civil un principe qui leur rend opposable la date de l'acte sous seing privé. Mais cet article doit être nécessairement combiné avec l'art. 1975 ; et ce dernier ne saurait conserver son empire qu'à la condition d'admettre les héritiers à détruire par tous moyens quelconques de preuve la fausse date qui *prima fronte* milite contre eux.

Ceci ne veut pas dire que l'acte doit être censé de plein droit antidaté quand il n'a pas acquis date certaine, et que c'est à ceux qui en soutiennent la validité à faire la preuve contraire. Delvincourt l'a enseigné (4). Mais cette opinion

(1) Add. Op. conf. de Zachariæ, § 388.

On lit dans Dalloz, *Rente*, sect. III, n. 8 : " La loi dit que le contrat sera nul lorsque la personne décédera dans les vingt jours de sa date ; il semble qu'on devrait conclure de ces expressions que le jour du contrat doit être compris dans les vingt jours fixés. Cependant le contraire a été décidé."

(2) Voy. *suprà*, n. 228, un cas qui ne doit pas être confondu avec ceux-ci.

(3) Add. Op. conf. de Zachariæ, § 388.

Dalloz, *Rente*, sect. III, n. 13, dit : " L'héritier invoque la nullité qui n'est établie qu'en sa faveur."

(4) T. III, p. 425, note 9.

Add. Duranton, n. 151, le réfute en ces termes : " Delvincourt décidait que si l'acte de constitution de rente est sous signature privée et sans date certaine, il sera présumé fait dans les vingt jours qui ont précédé la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, sauf

est repoussée par la jurisprudence la plus respectable et la mieux fondée. L'article 1322 ne saurait être ainsi foulé aux pieds. Conservons-lui sa légitime autorité, et ne méconnaissons pas la présomption qu'il élève et qui ne saurait cesser qu'autant que les héritiers se placent, par la preuve d'une antidate, dans la classe des tiers. C'est en vain, du reste, qu'à la faveur de ce mot de tiers, ces héritiers essayeraient de mettre leur cause sous l'égide de l'article 1328. Il faut bien y réfléchir ! ils ne sont tiers qu'autant qu'il y a antidate, et la preuve de cette antidate doit tout précéder.

278. Voyons les monuments de la jurisprudence sur cette question importante.

1er juillet 1810, par acte sous seing privé, Monginot vend ses biens à rente viagère. 24 août, enregistrement. 13 septembre, décès de Monginot après une maladie de onze mois.

Ses héritiers attaquent le contrat en se fondant sur l'article 1975 ; ils démontrent que la date apparente du 1er juillet 1810 est suspecte, qu'elle a été mise après coup. Ils con-

la preuve contraire qui pourrait, disait-il, résulter des circonstances, ou se faire par témoins, s'il y avait un commencement de preuve par écrit.

" Il nous semble qu'une telle décision est contraire aux principes du droit commun, notamment à l'art. 1322, portant que l'acte sous seing privé fait entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayants cause, a la même foi que l'acte authentique. Delvincourt ne décidait probablement de la sorte que parce qu'il supposait que la constitution de rente, dans ce cas, cache quelque libéralité : mais il est de jurisprudence à peu près constante que le testament olographe fait foi de sa date, sauf aux héritiers du testateur qui a été depuis interdit (ou qui est mort insensé sans avoir été interdit) à prouver par tous les moyens de droit que leur auteur a testé pendant l'interdiction ou la démence, et que le testament a été antidaté. Nous ne voyons pas sur quelle disposition de la loi Delvincourt fonde la présomption qu'il allègue : par conséquent nous croyons, au contraire, que ce serait aux héritiers du constituant, qui prétendraient que l'acte a été fait dans les vingt jours qui ont précédé le décès de leur auteur, à faire la preuve de ce fait. Mais ils devraient être admis à la faire même par témoins sans commencement de preuve par écrit, vu l'impossibilité où ils étaient de se procurer une preuve écrite de leur allégation, ce qui rendrait l'ar. 1348 applicable à la cause."

cluent que la date de l'enregistrement est dès lors la seule qui présente quelque autorité.

Ce système est adopté par la cour de Dijon, et, sur le pourvoi, la requête est rejetée par arrêt du 19 janvier 1814 (1).

On le voit, les héritiers ne sont pas venus de prime abord renverser l'article 1322 par l'article 1328 ; ils n'ont pas dit : " Nous sommes des tiers et l'article 1322 ne nous concerne pas." Ils ont ouvert et protégé leur action par la démonstration de l'antidate.

279. Voici une autre espèce : la cour royale de Paris a jugé, par arrêt du 6 décembre 1822, que l'article 1322 ne peut être opposé d'une manière absolue aux héritiers du défunt, puisqu'ils agissent en vertu de l'article 1975 ; que, dans l'espèce, il résulte des faits et circonstances que l'acte a été antidaté pour éluder les dispositions de la loi, et que sa véritable date est celle de l'enregistrement, laquelle le place dans le délai des vingt jours.

Et, par arrêt de rejet du 15 juillet 1821, la cour de cassation décide que les héritiers n'agissaient pas du chef de leur auteur, mais en vertu de l'article 1975, et qu'ils ont pu enlever à l'acte sous seing privé sa fausse date apparente (2).

Il résulte de là que les magistrats ne sont pas arrivés de plein droit à priver l'acte sous seing privé de sa date apparente. Ils ont avant tout établi l'existence de faits et circonstances de nature à démontrer l'antidate, et par conséquent, l'exception à apporter à l'article 1322.

280. Je conviens que ces idées ne cadrent pas avec un arrêt de la cour royale de Colmar, qui, en principe, a écarté l'article 1322 au profit de l'article 1328.

281. Sager décède le 29 mars 1829. La dame Baumgartner, sa fille, présente à ses frères et sœurs, ses cohéritiers, un acte sous seing privé portant la date apparente du 19 décembre 1828, par lequel Sager stipule une rente viagère à son profit,

(1) Devill., IV, 1, 515 ; Dall., *Rente*, p. 571 ; Merlin, *Répert.*, v° *Rente viagère*, § 3.

(2) Dall., XXIV, 1, 371, et *Rente viagère*, p. 574 ; Sirey, XXV, 2, 56.

moyennant une somme de 1,000 francs payée à la constituante.

Il est à remarquer que cet acte n'avait été enregistré que le 19 mars 1829, c'est-à-dire dix jours avant le décès de Sager.

Les cohéritiers de la dame Baumgartner soutinrent que cet acte était nul par la force de l'article 1975 du code civil.

Celle-ci leur opposa l'article 1322 du code civil, qui veut que l'acte sous seing privé ait, entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Les cohéritiers répondaient :

Nous n'agissons pas comme représentants de notre père ; nous vous actionnons de notre chef et en exerçant des droits qui nous sont personnels. Ce n'est donc pas l'article 1322 qui doit être appliqué ; c'est l'article 1328 qui est la loi de la cause.

Ce système prévalut pleinement devant la cour royale et fut consacré par un arrêt du 20 septembre 1830 (1), qui alla jusqu'à interdire aux adversaires des héritiers la faculté de prouver que la date de l'acte remontait à plus de vingt jours. Ainsi cette décision dépasse en rigueur le système de Delvincourt. Ce dernier admettait la preuve du contraire. La cour de Colmar la repousse ; elle veut que tout fléchisse sous l'empire de l'article 1328 !

282. C'est là une évidente exagération. La cour de cassation en a récemment fait justice dans un arrêt où les vrais principes me paraissent formellement consacrés. Le tribunal de Troyes, partant en effet du même point que la cour de Colmar, avait écarté un acte de rente viagère sous seing privé non enregistré, par la puissance de l'article 1328. Mais cette décision ayant été déférée à la cour de cassation, la

(1) Dall., XXXI, 2, 115 ; Devill., XXXI, 2, 183. Ce dernier a inséré au t. XXXIX, 2, 426, au bas d'un arrêt d'Angers, une note de laquelle il semblerait résulter que cet arrêt de Colmar et celui de la cour de cassation du 15 juillet 1824 sont rendus dans le même esprit. Cette opinion manque d'exactitude.

chambre civile, par arrêt du 5 avril 1842, en prononça la cassation (1). Elle considéra que, pour se placer dans l'exception faite à l'article 1322 par l'article 1975 du code civil, il faut de toute nécessité que celui qui excipe de ce dernier article fasse la preuve du fait allégué par lui et prévu par la loi; que cette preuve ne résulte pas nécessairement du défaut d'enregistrement; que le tribunal de Troyes, en se fondant uniquement sur ce défaut d'enregistrement pour priver l'acte sous seing privé de son autorité à l'égard des héritiers du défunt, avait créé une nullité non écrite dans le code.

Voilà la saine interprétation de la loi et la vraie jurisprudence. Les tribunaux ne manqueront pas de s'y conformer.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES EFFETS DU CONTRAT.

1907. Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'est pas une cause suffisante pour demander le remboursement du prix ou autre valeur donnée pour sa création.

CHAPTER SECOND.

OF THE EFFECTS OF THE CONTRACT

1907. Non-payment of arrears of a life-rent is not a cause for recovering back the money or other consideration given for its constitution.

---

* *C. N.* 1977-8. } 1977. Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution.

1978. Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le

(1) Devill., XLII, 1, 300, 301; Dall., XLII, 1, 199.

fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages.

Voy. *Remarques de MM. les Commissaires* sur cet article, p. 63 ci-dessus ; *Pothier*, cité sur art. 1902, et *C. C. B. C.*, art. 1914.

---

8 *Marcadé, sur art.* 1978, *C. N.* } I.—749. Le principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats à titre onéreux, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement, trouve dans l'art. 1977, son application à l'encontre du débiteur de la rente qui refuse de fournir les sûretés stipulées. Il semble qu'à plus forte raison, le débiteur manquant de remplir la condition principale du contrat, l'obligation qui en forme un des éléments essentiels, celle de payer régulièrement les arrérages aux époques déterminées par le contrat, le même principe doit être appliqué. Il n'en est rien cependant. L'art. 1978, dérogeant au droit commun de l'art. 1184, formulé spécialement pour la vente par l'art. 1654 et pour la rente perpétuelle par l'art. 1912, déclare que le seul défaut de payement des arrérages n'autorise pas le créancier à demander la résiliation pour rentrer dans le capital mobilier ou immobilier par lui aliéné : le créancier n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir sur le produit de la vente l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages.

750. Pourquoi le législateur a-t-il ainsi dérogé, pour le contrat de rente viagère, à une règle générale commune à tous les contrats à titre onéreux ? Les travaux préparatoires du Code ne fournissent aucune lumière à cet égard. Des trois orateurs qui, soit dans l'Exposé des motifs, soit dans les rapports au Tribunat ou au Corps législatif, ont succes-

sivement embrassé notre titre dans une vue d'ensemble, il n'en est pas un qui ait donné de l'art. 1978 une explication acceptable. Portalis a dit, dans l'Exposé des motifs, que " s'il en était autrement, il n'y aurait point de solidité dans les contrats ; ils seraient dissous par la plus légère infraction de la part d'un des contractants. On ferait prononcer la nullité d'un acte lorsqu'on n'a que le droit d'en demander l'exécution." (1) ; toutes choses qu'on pourrait dire de tous les contrats pour y interdire l'action en résolution. Le tribun Siméon s'est borné à résumer le texte, sans chercher à en expliquer la pensée (2) ; et le tribun Duveyrier a vu dans la disposition un avantage pour le créancier, auquel on évite l'embarras de chercher un autre placement (3) : motif bien insuffisant, en ce que l'application pure et simple de l'art. 1184 aurait toujours laissé le créancier libre de choisir entre l'exécution du contrat et la demande en résolution.

On ne peut pas non plus se contenter de l'explication de quelques auteurs qui, n'assignant pas de capital à la rente viagère, sont conduits à dire que le créancier ne peut réclamer que des arrérages, et non un capital qui n'existe pas (4). Nous avons démontré (*suprà*, n. 670) que cette idée est inexacte, que la rente forme réellement un être moral distinct des annuités qu'elle produit. Et puis, comme le dit M. Troplong, quand même cette idée serait vraie, en quoi cela impliquerait-il l'exception au principe de l'art. 1184 ? Il y aurait toujours un des contractants qui pourrait soutenir qu'il n'a aliéné que sous une condition, et que cette condition ne se réalisant pas, il a le droit de revenir sur sa promesse et de se replacer au même état qu'avant le contrat (5).

(1) Fenet (t. XIV, p. 546); Locré (t. XV, p. 180).

(2) Fenet (t. XIV, p. 553); Locré (t. XV, p. 190).

(3) Fenet (t. XIV, p. 564); Locré (t. XV, p. 204).

(4) *Voy.* Pothier (n. 231).—*Voy.* aussi M. Delvincourt, (t. III, p. 418, notes 1 et 2.)

(5) *Voy.* M. Troplong, (n. 308.)

[ARTICLE 1907.]

La véritable raison, qui du reste aurait pu ne pas être jugée suffisante par des législateurs pour porter atteinte au principe de l'art. 1184, est dans le caractère aléatoire du contrat de rente viagère. Lorsque dans un contrat ordinaire, dans la vente par exemple, le juge prononce la résolution pour défaut de payement du prix, il est presque toujours possible, à quelque moment que cette résolution soit prononcée, de remettre les parties au même état qu'avant la convention : l'objet de l'obligation de chacune des parties n'a pas ordinairement changé de valeur ; et si l'acheteur a payé une partie du prix, elle lui sera restituée. — Dans la rente viagère, au contraire, l'obligation de l'une des parties, du débiteur de la rente, consiste à servir périodiquement des arrérages qu'il a déjà peut-être payés durant nombre d'années, au moment où la demande en résolution est introduite ; que peut-être même il a payés dans une proportion telle que la somme totale en est égale à la valeur du capital qu'il a reçu. Il serait trop dur, non-seulement pour lui, mais encore et surtout pour ses autres créanciers, dont l'intérêt sera certainement toujours engagé, de le forcer à restituer ce capital : ce serait le priver, lui et ses ayants cause, des avantages du contrat qu'il a exécuté pendant un certain temps.—D'ailleurs, quoi qu'on fasse, il n'est plus possible de rétablir les choses au même état qu'auparavant. Bien que le Code considère la rente viagère comme un être moral dont les arrérages ne sont que les fruits, il n'en est pas moins vrai, au fond, que le rentier, en recevant chaque année l'arrérage, reçoit en quelque sorte une fraction du capital, et, comme on le dit vulgairement, mange peu à peu son fonds avec le revenu. Son droit n'a donc plus, au jour où les arrérages cessent de lui être comptés, la même valeur que le jour où ce droit s'est établi ; et ce ne serait pas sans une grande injustice qu'il rentrerait dans un capital avec lequel il pourrait de nouveau se constituer une rente viagère de beaucoup supérieure à la première, puisqu'il est plus avancé en âge.—Enfin tout, dans ce contrat, a été aban-

donné au hasard : il est convenable dès lors de laisser au hasard son cours naturel, et de ne pas lui substituer un état de certitude qui dénaturerait l'opération. — Tels sont les motifs qui ont pu porter le législateur à déroger ici au droit commun par l'établissement d'une règle toute spéciale.

751. Mais précisément parce que la règle spéciale constitue une dérogation profonde au droit commun des contrats, il en faut restreindre l'application dans son objet précis, et il ne faut pas l'étendre au-delà. A ce point de vue, nous précisons tout d'abord que l'art. 1978 est écrit pour le contrat de rente viagère proprement dit, c'est-à-dire un contrat présentant essentiellement le caractère aléatoire. Il ne serait donc pas applicable dans le cas où la rente viagère serait la condition d'une donation entre-vifs ou d'un legs. Le donateur crédi-rentier pourrait, en vertu de l'art. 953, faire résoudre la donation pour inexécution des charges, et ce moyen de la résolution n'aurait pas ici le caractère d'injustice qu'on pourrait lui reprocher s'il était employé contre le débiteur d'une rente constituée à titre onéreux ; car le donataire a reçu un capital dont le revenu est bien supérieur aux arrérages qu'il doit, et il ne peut s'en prendre qu'à lui de la négligence qui lui fait perdre l'objet de la libéralité (1).

Que si la rente viagère était l'objet direct de la donation ou du legs, il est bien vrai que le crédi-rentier, donataire ou légataire, auquel les arrérages ne seraient pas payés, n'aurait pas à demander la résolution, puisque la rente alors est sans capital. Le seul moyen qu'il aurait à prendre en ce cas serait précisément celui de la saisie des biens du constituant, indiqué par notre article. Mais s'il agissait ainsi, ce serait, non pas en vertu de la disposition même de cet article

(1) MM. Troplong (n. 312) ; Aubry et Rau, (t. III, p. 426, note 14) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, (t. V, p. 32, note 9). Cass., 18 juill. 1836 (Dalloz, 36, 1, 423 ; S.V., 36, 1, 535) ; Poitiers, 6 janv. 1837 (S.V., 37, 2, 261 ; Dalloz, 38, 2, 113) ; Caen, 21 avril 1841 (S.V., 41, 2, 433 ; Dalloz, 41, 2, 229) ; Rouen, 27 août 1846 (S. V., 48, 2, 90.)

tout spécial, mais par application des principes généraux consacrés par l'art. 2092.

752. Il n'y aurait pas lieu non plus à la dérogation établie par notre article, la rente fût-elle créée à titre onéreux, si c'est dans des circonstances telles qu'en réalité il y ait absence d'*alea*. Ainsi, quand j'aliène, moyennant une rente viagère de 2,000 francs, un capital de 40,000 francs ou un immeuble rapportant en moyenne 2,000 francs, il est bien clair que, quel que soit le nom qu'on donne à la convention, elle ne renferme pas de risques pour le débiteur, qui aura fait une affaire excellente si la rente vient à s'éteindre peu après le contrat, mais qui en aucun cas n'en pourra faire une mauvaise, puisque, quelle que soit la durée de la rente, il n'aura jamais payé que l'intérêt légal du capital. Le contrat restera donc, en ce cas, sous l'empire du droit commun établi par les arts. 1184 et 1654.

753. C'est également au droit commun que seront soumis les contrats à titre onéreux, qui, bien qu'impliquant certaines chances, ne sont pas exclusivement des contrats de rente viagère. Ainsi, quand une vente a été faite dans de telles conditions que la rente viagère, qui en est le prix accessoire, doit être servie provisoirement, par exemple jusqu'à la mort du vendeur, époque à laquelle le prix principal deviendra exigible, le seul défaut du service des arrérages donnera lieu à la résolution du contrat en vertu de l'art. 1654 (1). De même, quand le prix de vente comprend, outre la rente viagère, une somme capitale, le défaut de payement de cette somme peut amener la résolution (2). Mais, dans ce dernier cas, une fois que le prix capital a été payé, la rente viagère restant seule, l'art. 1978 reprend son empire et doit être appliqué (3).

(1) Bourges 2 avril 1828, (S.V., 29, 2, 248 ; C. n., 9, 2, 64 ; Dalloz, 29, 2, 180).

(2) Req., 20 nov. 1827, (S.V., 28, 1, 193 ; C. n., 8, 1, 704 ; Dalloz, 28, 1, 26).

(3) Orléans 6 fév. 1835, (S.V., 37, 2, 75 ; Dalloz, 37, 2, 120) ; Req. 13 juin 1837, (S.V., 38, 1, 45 ; Dalloz, 37, 1, 436).

754. Enfin, on doit suivre non pas l'art. 1978, mais l'art. 1184, quand un tiers se fait céder par le crédi-rentier le bénéfice de son contrat. Ici, il y a une vente ordinaire soumise aux principes du droit commun (1). Il a été jugé aussi dans le même ordre d'idées que la cession par un usufruitier de son usufruit au nu propriétaire, moyennant une rente viagère de même valeur, constitue non un contrat aléatoire, mais un échange qui permet au créancier non payé des arrérages de demander la résolution du contrat (2).

755. En dehors de ces hypothèses, l'art. 1978 reçoit son application à l'exclusion de l'art. 11844, et même de l'art. 1654, lorsque la rente viagère est le prix d'un immeuble (3). Il n'y a pas, du reste, à distinguer entre un défaut momentané, un simple retard dans le payment, et une impossibilité absolue de servir la rente : dans tous les cas, c'est au moyen indiqué par l'art. 1978 que le créancier doit recourir; la voie de la résolution lui est absolument fermée (4).

Lahaie, sur art. 1977 *C. N.* } *Siméon*, rapport au Tribunat, 8 mars 1804, n. 13.—Si les sûretés stipulées ne sont pas données, le contrat n'est pas consommé ; la résiliation naît de la contravention à ces conditions. Au contraire, lorsque le contrat a été accompli, la négligence dans la prestation de la rente n'est pas une cause de résiliment : elle ne donne qu'une action en contrainte pour l'exécution d'un contrat parfait, et qui ne peut être éteint que par l'événement qui en est la base.

Duveyrier, discours au Corps législatif, 10 mars 1804, n. 9.—Celui qui a constitué la rente ne peut plus s'en délivrer, quelles que soient la durée, l'importunité et la charge tou-

(1) M. Troplong (n. 314). Bordeaux, 1er août 1834, (Dalloz, 35, 2, 35).

(2) Douai, 15 juin 1846, (S.V., 46, 2, 535).

(3) Req., 13 juin 1837 (arrêt déjà cité).

(4) Cass., 18 déc., 1822, (S. V., 23, 1, 220 ; C. n., 7, 1, 173 ; Dalloz, 23, 1, 49).

jours renaissante des arrérages qu'il lui faut annuellement payer. L'offre qu'il ferait de rembourser le capital et de renoncer aux arrérages déjà payés sera nulle, si le créancier de la rente ne consent à la résiliation du contrat. Le débiteur subira justement toutes les chances d'une spéculation peu favorable, dont il a convoité les avantages, et le rentier, qui mérite faveur, ne doit pas être obligé à changer la place achetée et payée, pour y établir son existence.

Le rentier lui-même ne peut jamais demander le remboursement du capital ou sa rentrée dans le fonds aliéné, pour acquérir la rente. Il n'a droit qu'au paiement exact des arrérages.

(Voyez Portalis, exposé des motifs au Corps législatif, 5 mars 1804.)

Procès-verbal du Conseil d'Etat, 26 janvier 1804.

Hua.—Quoique la réalisation de ces sûretés doive naturellement s'effectuer dans un temps voisin de la convention, et par conséquent avant qu'il soit échu un terme de la rente viagère, je ne pense pas que le défaut d'exigibilité, dans ce premier moment, devînt une fin de non-recevoir contre l'action intentée plus tardivement. On ne pourrait même opposer le recouvrement de quelques arrérages ; toute rigueur tendrait à proscrire les facilités et les égards qu'on se doit dans l'état de société. Néanmoins, s'il s'était écoulé un long espace de temps, et que les quittances d'arrérages ne continssent aucune réserve pour raison de l'obligation, on pourrait, suivant les circonstances, présumer une renonciation de la part du créancier à l'obligation du débiteur. On serait d'autant plus porté à induire cette conséquence, que le service d'une rente viagère absorbe, chaque fois qu'il a lieu, une partie de la dette principale, dans une proportion impossible à calculer, puisque le temps de la durée de cette dette dépend d'une chance inconnue, mais qui tend de plus en plus à la décharge du débiteur de la rente viagère, au fur et à mesure qu'il multiplie ses paiemens. En résiliant le contrat, le créancier devrait rendre ce qu'il aurait reçu sur

le capital ; mais le défaut d'exercice de cette action multiplie l'embarras pour déterminer cette imputation. Dans cette circonstance, ce ne serait, en le privant de l'action en résiliation, que lui imputer l'effet de sa négligence ; il ne souffrirait point d'ailleurs un préjudice notable, puisque le jugement lui conférerait une hypothèque sur tous les biens, et, que l'exécution stricte de l'obligation n'aurait pu procurer une sûreté plus ample.

Pandectes françaises.—Il y a également lieu à la résiliation, quoique les sûretés promises aient été données, si le débiteur en diminue les forces, ou s'il les fait disparaître.

Delvincourt, t. 2, not. 3, p. 722.—Lorsque la résiliation est demandée, si la tête sur laquelle la rente est constituée vient à mourir avant le jugement, la rente est éteinte et la demande censée non avenue, sauf les dépens.

Si, après la résiliation, le débiteur tarde à rembourser le capital, il en doit les intérêts, conformément au taux stipulé dans le contrat, jusqu'au jugement, et depuis, au taux légal.

Favard, contrat aléatoire, § 2, n. 2.—C'est que les conditions font partie de la convention ; qu'elles ont pu en être la cause déterminante, et qu'à défaut de les remplir, la résiliation de l'acte est la conséquence naturelle de l'inexécution.

Merlin, R., v. rente viagère, t. 11, p. 509.—Si la rente vient à s'éteindre avant que l'acquéreur se soit plaint de l'inexécution des conditions du contrat, ou que le juge ait prononcé la résolution du contrat et la restitution du capital, l'acquéreur et ses héritiers ne sont plus recevables à former cette plainte, attendu qu'ils n'ont plus d'intérêt à ce que ces conditions s'exécutent, puisque la rente ne subsiste plus. Cette opinion est fondée sur ce que l'inexécution des conditions ne résolvant pas le contrat de plein droit, il faut que la résolution en soit prononcée par le juge : jusqu'à ce moment, le débiteur peut, en satisfaisant aux conditions et offrant les dépens, se faire renvoyer de la demande.

La rente ne doit plus courir que sur le pied du denier vingt, depuis le jugement qui a condamné le débiteur au

remboursement du capital. En effet, les arrérages, en ce qu'ils excèdent ce taux, étant le prix du risque de gagner ou de perdre que courent les parties, l'acquéreur de la rente ne peut plus percevoir ce prix aussitôt que ce risque n'a plus lieu ; mais les arrérages qui ont couru jusqu'au moment de la résolution du contrat, sont dus à l'acquéreur, suivant la convention, attendu que le risque n'a cessé que par cette résolution.

Dalloz, rente, sect. 3, n. 16.—Il y a lieu à résiliation, si le constituant a hypothéqué des biens grevés en les déclarant libres. (Pothier, n. 228.)

Duranton, t. 18, n. 162 et 163.—C'est l'application de ce principe général, que dans toutes les conventions synallagmatiques, la condition résolutoire est toujours sous-entendue, pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement.

Comme celui qui diminue les sûretés qu'il avait données par le contrat, doit être assimilé à celui qui ne fournit pas celles qu'il avait promises, il en résulte que si le constituant démolit la maison ou abat la futaie qu'il avait hypothéquée, le créancier de la rente peut demander la résiliation des objets par lui fournis pour prix de la constitution.

N. 164.—Le débiteur contre lequel la résiliation est prononcée, n'est point fondé à demander qu'il lui soit fait raison de ce que les arrérages, qu'il se trouverait avoir payés jusqu'à la résiliation, excéderaient l'intérêt légal de la somme reçue pour prix de la constitution ; car les arrérages payés étaient le prix du risque que le créancier courait touchant l'extinction de la rente.

Rolland de Villargues, v. rente viagère, n. 76. —S'il n'avait pas été stipulé de sûretés, le créancier de la rente viagère ne pourrait ultérieurement en demander la résiliation, quelle que fut devenue la position du débiteur.

A. Dalloz, rente, n. 368.—La vente des immeubles hypothéqués à la rente n'est pas une cause de résolution, s'il y a

emploi d'une somme suffisante pour le service de la rente. (Pothier, *ibid.* n. 231.)

Boileux.—Suivant nous, on doit assimiler à celui qui ne donne pas les sûretés promises, le constituant qui les *détruit* ou les *diminue* après les avoir données. (Argument des art. 1188 et 2131.)

1908. Le créancier d'une rente viagère assurée par privilége et hypothèque de vendeur sur un immeuble subséquemment saisi-exécuté, a droit de demander que l'immeuble soit vendu à la charge de cette rente.

1908. The creditor of a life-rent secured by the privilege and hypothec of a vendor upon immoveable property, afterwards seized to be sold under execution, has a right to demand that the property shall be sold subject to the life-rent as a charge upon it.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 50, *sec.* 7. } Afin de mieux assurer la prestation des rentes constituées et des rentes viagères dans le Bas-Canada : Les créanciers de rentes constituées et de rentes viagères portant privilége et hypothèque de bailleur de fonds, pourront se pourvoir par opposition afin de charge pour la conservation de leurs droits relativement aux dites rentes. 19, 20 V. c. 59.

1909. Le débiteur de la rente ne peut se libérer du paiement de cette rente en offrant de rembourser le capital et en renonçant à la répétition des arrérages payés.

1909. The debtor of the rent cannot free himself from the payment of it by offering to reimburse the capital and renouncing all claim to receive back the payments made.

[ARTICLE 1909.]

*C. N. 1979. } Le constituant ne peut se libérer du paiement de la rente, en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés ; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente.

---

*3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, nº 233. } Le contrat de constitution de rente viagère n'est pas assujetti aux mêmes conditions que le contrat de constitution de rente perpétuelle :

Le contrat de constitution de rente perpétuelle ne peut se faire que sous la faculté de rachat : au contraire, par le contrat de constitution de rente viagère, le constituant n'a pas cette faculté (1) ; arrêt du 15 mars 1720, rapporté au septième tome du *Journal des Audiences*.

---

8 *Marcadé, sur art.* 1979 *C. N.* } I. — 767. La seconde obligation du débi-rentier consiste, comme nous l'avons déjà dit (*suprà*, n. 733), à servir les arrérages *tant que dure la rente*. Le développement de ces dernières expressions se trouve dans l'article auquel nous arrivons. L'art. 1979 déclare, en effet, que le constituant ne peut, sous aucun prétexte, s'affranchir du payement de la rente, et qu'il est tenu de la servir jusqu'au décès de la personne ou des personnes sur la vie desquelles la durée en est mesurée, ce qui revient à dire, en d'autres termes, que la rente viagère, à la différence de la rente constituée en perpétuel, n'est pas rachetable.

Cette disposition, qui existait déjà dans l'ancien droit (2), et que, du reste, on aurait aisément suppléée, a sa cause et sa justification dans le caractère essentiellement aléatoire du

(1) *V.* art. 1979, C. civ. (Bugnet).

(2) M. Merlin (*Quest.*, v. Rente viag., § 1 ; *Rép.* eod. verbo, § v.)

contrat. A l'origine, les chances étaient égales de part et d'autre : si elles tournent contre le débi-rentier, en ce que la durée de la rente se prolonge, il doit subir la perte, par cela même qu'il aurait eu un droit incontestable au bénéfice, dans le cas où les chances auraient tourné pour lui par l'extinction immédiate de la rente. Ainsi, quelque prolongée que soit l'existence de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente est établie, il faut que le débi-rentier tienne le contrat jusqu'au bout. La loi ne lui permet pas de s'en affranchir, même en renonçant *à la répétition des arrérages déjà payés :* c'est qu'en effet, le créancier a reçu ces arrérages comme prix des risques qu'il courait ; il a donc une juste cause pour les retenir et pour recevoir encore ceux qui lui sont dus jusqu'à l'extinction de la rente.

768. La rente viagère n'est donc pas rachetable en principe. Nous en concluons d'abord que les lois intermédiaires qui ont permis le rachat des rentes en général, à la volonté du débiteur, n'ont pas compris les rentes viagères dans leurs dispositions (1), et que les articles du Code qui parlent de la faculté de racheter les rentes n'ont trait qu'aux rentes rachetables de leur nature : tel est l'art. 872, d'après lequel, en matière de partage, chaque co-héritier peut exiger le remboursement des rentes qui grèvent les immeubles de la succession.

Nous concluons encore que, de même que le débi-rentier, ses créanciers, qui ne font qu'exercer ses droits, ne peuvent, même en cas de faillite ou de déconfiture, s'exonérer de la rente en la remboursant : seulement, si sa créance est chirographaire, le crédi-rentier devra venir au marc la livre avec tous les autres créanciers de la masse, et, s'il y a concordat, les arrérages seront soumis à la réduction consentie par les créanciers au failli (2).

769. Notre article, comme les arts. 1977 et 1978, est exclu-

(1) Cass., 21 mess. an. 4 (Merlin, *Quest.*, v. Rente viag., § 1.)

(2) Cass., 22 mars 1847 (S.V., 47, 1, 433 ; Dalloz, 47, 1, 287 ; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 133).

sivement applicable à la rente viagère constituée à titre onéreux : il ne saurait y avoir de doute à cet égard, quand même les termes de la loi ne seraient pas on ne peut plus expressifs en ce sens. Il faut reconnaître cependant que lorsqu'une rente viagère a été établie directement par donation entre-vifs ou par testament, celui qui s'en est constitué ou qui en a constitué son héritier débiteur ne peut pas s'affranchir du service des arrérages ; toutefois cela tient, non pas au caractère aléatoire de l'opération, qui fait ici absolument défaut, mais à l'absence complète de capital. Si la rente viagère était imposée au donataire comme charge de la libéralité, le donateur aurait, à son choix, contre le donataire qui refuserait de servir les arrérages en offrant la restitution des choses à lui données, soit l'action en révocation en vertu de l'art. 953, soit la voie de la poursuite comme s'il s'agissait d'un débiteur ordinaire. Ceci se rattache, du reste, à la question beaucoup plus générale de savoir si le donataire peut s'affranchir des charges en abandonnant l'objet de la donation (1).

770. Tout ce que nous avons dit des motifs sur lesquels est fondé l'art. 1979 ferait douter de la validité d'une clause par laquelle les parties, dérogeant à la disposition de cet article, conviendraient que le constituant pourra se libérer du payement de la rente en remboursant le capital. Cependant l'opinion contraire est généralement admise. On tient que ce n'est pas aller contre l'essence du contrat, que c'est seulement en altérer la nature, que de diminuer les chances de perte du côté du débiteur. On valide donc la clause dérogatoire, d'autant plus, dit-on, qu'en définitive elle ne cause aucun préjudice au créancier, puisqu'il rentre dans son capital, avec lequel il peut acquérir une nouvelle rente viagère d'un taux presque toujours plus élevé, son âge étant plus avancé (2).

(1) *Voy.* là-dessus Marcadé (art. 954).

(2) MM. Troplong (n. 324); Massé et Vergé, sur Zachariæ, (t. V. p. 32, note 11).

771. Cela étant admis, il n'y a aucune difficulté à admettre comme conséquence la validité d'une clause par laquelle il serait stipulé que le rachat sera fait moyennant un capital moindre qne celui qui a été payé *ab initio*, par exemple que ce capital diminuera au fur et à mesure que le crédi-rentier avancera en âge. Le remboursement, en ce cas, devra être effectué suivant les stipulations particulières insérées au contrat touchant la personne qui doit le recevoir et l'époque où il doit avoir lieu.

1910. La rente n'est due au créancier que dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle elle est constituée ; à moins qu'on ne l'ait stipulée payable d'avance.

1910. The rent is due only for the number of days that the person upon whose life it is constituted lives ; unless it is made payable in advance.

---

* *C. N.* 1980. } La rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu.

Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé est acquis du jour où le paiement a dû en être fait.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, *n°* 248, 255 *et s.* } 248. C'est une clause assez ordinaire dans les constitutions de rentes viagères, surtout dans celles qui se constituent par testament, " qu'il en sera, à chaque terme, payé un terme d'avance, soit de demi-année, soit d'un quartier." De là naît la question de savoir si le pensionnaire qui, en exécution de cette clause, a reçu un terme d'avance, venant à mourir avant l'accomplissement du terme, la succession

est tenue de rendre au débiteur de la rente ce qui restait à échoir de ce terme lors de la mort du pensionnaire. *Putà*, le testateur a légué à Pierre une pension viagère de 600 liv., payable par avance de six mois en six mois, à commencer du jour de son décès, qui est arrivé le 1er janvier 1770. Pierre a reçu dans [1] dit mois de janvier 300 liv. pour un demi-terme d'avance ; il est mort au 1er mai : le débiteur de la rente peut-il répéter de ses héritiers 100 liv, pour ce qui restait, lors de mort, à courir du terme de juillet, qu'il a reçu d'avance ?

Je pense que le débiteur est fondé ; car la rente ayant été éteinte par la mort de Pierre au 1er de mai, ce qu'il a reçu pour les deux mois qui restaient à courir jusqu'au 1er juillet ne lui était pas dû. On oppose que cela lui était dû, puisqu'il avait droit de l'exiger. La réponse est qu'aux termes du testament, le terme devant lui être payé *par avance* avant qu'il fût dû, il avait droit de l'exiger, non comme une somme qui lui fût déjà due, mais seulement comme une somme qu'il avait droit d'espérer devoir lui être un jour due, et qui devait lui être avancée avant qu'elle fût due : il était créancier de l'avance de cette somme, plutôt que de la somme même. C'est le sens de ces termes *par avance ;* car *avancer* une somme, *prærogare*, c'est la payer avant qu'elle soit due : les paiements qui se font d'avance sont *in pendenti* jusqu'à l'échéance du terme. Celui qui a été fait aurait été valable, si Pierre ayant vécu jusqu'au mois de juillet, la rente eût couru jusqu'à ce temps : étant mort auparavant dès le 1er mai, le paiement se trouve n'être pas valable pour ce qui restait à courir ; et le débiteur qui a fait le paiement en doit avoir la répétition. Quoique ces raisons me paraissent décisives, néanmoins j'ai trouvé de la variété dans les avis sur cette question (1).

Il faudrait décider autrement, si on ne s'était pas servi du terme d'*avance ;* comme s'il était dit par un testament : *Je*

(1) *V.* art. 1980, C. civ., qui consacre le principe contraire. (Bugnet.)

lègue à un tel une rente viagère de cent écus par chacun an, payable par trois mois, dont on lui paiera vingt-cinq écus incontinent après mon décès. Le testateur sera présumé, en ce cas, lui avoir voulu léguer vingt-cinq écus, outre ce qui courra de la rente depuis son décès, et le légataire ne sera pas censé en recevoir rien par avance.

255. La principale manière dont s'éteignent les rentes viagères, est la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente viagère était constituée.

Elles s'éteignent en ce sens que les arrérages cessent de courir depuis le jour de cette mort ; mais tous ceux qui ont couru jusque audit jour, icelui jour compris, ne laissent pas d'être dus, et doivent être payés au créancier de la rente, ou à sa succession, s'ils ne l'ont été.

Lorsque la rente a été créée sur les têtes de plusieurs personnes, elle ne s'éteint que par la mort de la dernière survivante de ces personnes.

256. La mort qui éteint la rente viagère, est la mort naturelle. La mort civile n'a pas le même effet ; car la rente viagère doit durer pendant le temps que les parties contractantes, lors du contrat de constitution, ont voulu qu'elle durât : or il est évident que le temps que les parties avaient alors en vue, était le temps de la vie naturelle de la personne sur la tête de qui on constituait la rente, et qu'elles n'ont pas même pensé au cas de la mort civile.

C'est pourquoi si le créancier d'une rente viagère sur la tête de qui la rente a été constituée, était condamné à une peine capitale, qui emporte mort civile et confiscation de biens, la rente ne serait pas éteinte ; elle appartiendrait au seigneur confiscataire, de même que les autres biens du condamné, et elle continuerait à courir à son profit jusqu'au jour de la mort naturelle de cette personne.

Pareillement, si le créancier d'une rente viagère constituée sur sa tête fait profession en religion, la rente passe dans la succcssion, de même que ses autres biens, à ses héritiers. Si la créancière de cette rente fait profession dans

un couvent auquel il serait permis de recevoir des dots pour la profession en religion, tels que sont les couvents de filles établis depuis 1600, elle peut réserver pour sa dot de religion la rente viagère qui lui est due. Mais s'il n'y a pas d'acte par lequel elle ait donné au couvent cette rente pour sa dot ; soit qu'elle ait apporté une autre dot, soit qu'elle ait été reçue sans dot, je ne pense pas que le couvent puisse prétendre cette rente, qui doit, en ce cas, appartenir aux héritiers de la religieuse.

257. La rente viagère ne devant durer que pendant le temps de la vie de la personne sur la tête de qui elle a été créée, le créancier est obligé, lorsque le débiteur le requiert, de justifier par un certificat en bonne forme, que cette personne était vivante au temps jusqu'auquel on demande les arrérages.

C'est ce qui se pratique ; et la raison est qu'un demandeur est tenu de prouver les faits qui servent de fondement à sa demande, *Actori onus probandi incumbit.* Or, le fait de la vie de la personne sur la tête de qui la rente est constituée, est nécessaire pour le fondement de la demande des arrérages, puisqu'ils ne peuvent être dus que pendant le temps de la vie de cette personne : c'est donc au créancier à justifier ce fait.

On opposera peut-être qu'un créancier justifie suffisamment sa demande en rapportant son titre de créance, et c'est au débiteur qui allègue que la créance est éteinte ou acquittée, à le justifier, suivant cette règle : *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsamque exceptionem, velut intentionem implere ;* L. 19, ff. *de Probat.*

La réponse est, que cela est vrai lorsque la créance est pure et simple ; mais lorsque les parties contractantes l'ont fait dépendre d'un fait, il ne suffit pas au créancier, pour fonder sa demande, de rapporter son titre de créance ; il faut qu'il rapporte la justification du fait dont on l'a fait dépendre. Par conséquent, dans ce cas-ci, la créance des arrérages d'une rente viagère étant dépendante du fait de la vie de la

personne sur la tête de qui elle a été créée, le créancier doit rapporter la justification de la vie de cette personne. Le débiteur n'est point obligé de prouver la mort de cette personne, ni même d'alléguer sa mort ; il lui suffit, pour se défendre de payer les arrérages qu'on lui demande, de dire qu'il ne sait pas si la personne était vivante pendant le temps qu'on prétend qu'ils ont couru.

258. Les rentes viagères s'éteignent aussi, de même que les perpétuelles, par le rachat volontaire de la rente que le créancier a permis qu'on lui fît, par la remise que le créancier fait de la rente au débiteur, par la novation, par la confusion.

259. Elles sont sujettes aussi aux prescriptions de trente ans et de quarante ans (1).

Observez que, si la personne sur la tête de qui la rente est créée, avait été pendant un très long temps absente de longue absence, sans qu'on eût pu pendant tout ce temps avoir de ses nouvelles, et qu'après plus de trente années d'absence, elle eût reparu, le créancier serait bien fondé à demander tous les arrérages, sans que le débiteur pût lui opposer la prescription de trente ans, cette prescription n'ayant pas couru pendant le temps de l'absence de cette personne : car le créancier, faute de pouvoir justifier de la vie de cette personne, dont on ne pouvait avoir de nouvelles, n'a pu pendant tout ce temps demander sa rente, et c'est une règle de droit que *Contra non valentem agere*, *non currit præscriptio* (2).

(1) Nous n'avons plus de prescription de 40 ans. *V.* art. 2262, C. civ. (BUGNET).

(2) Si le créancier n'a point fait d'actes conservatoires, la prescription aura couru, car l'absence de celui sur la tête duquel reposait la rente, quant à sa durée, n'est qu'un empêchement de *fait* et non de *droit ;* et la maxime *contrà non valentem agere, non currit præscriptio,* est ici mal à propos invoquée. (BUGNET).

[ARTICLE 1910.]

8 *Marcadé, sur art.* 1980 *C. N.* } I. — 772. La rente viagère ainsi que nous l'avons démontré *suprà*, n. 670, constitue un être moral dont les revenus, appelés arrérages, sont rangés dans la classe des fruits civils, et par conséquent s'acquièrent jour par jour, aux termes de l'art. 586. Telle est l'idée qu'exprime notre article, quand il dit que la rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu, ou, pour parler plus exactement, dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée, puisqu'elle peut aussi être établie sur la tête d'un tiers (*suprà*, n. 685 et suiv.)

773. Le premier paragraphe de notre article contenant simplement une application particulière de l'art. 586, il y a lieu de suivre ici la règle d'acquisition déterminée par ce dernier article. Or les fruits civils s'acquièrent par jour, et non par heure; donc les arrérages de la rente viagère seront dus seulement dans la proportion du nombre de jours *expirés* au moment du décès de la personne dont la vie servait à mesurer la durée de la rente. Le jour du décès n'est compris qu'autant que le décès a eu lieu à la fin de la dernière heure : il ne serait pas *complet* sans cela.

774. Mais il est permis aux parties de stipuler que la rente viagère sera payable d'avance ou par anticipation. Dans ce cas, le terme qui a été ou qui, du moins, a dû être servi d'avance, est acquis au crédi-rentier ou à ses ayants cause, du jour où le payement a dû en être fait. Cette convention avait soulevé des doutes dans notre ancienne jurisprudence : certains auteurs, Pothier entre autres (1), voulaient que, quelle que fût la stipulation, les arrérages ne fussent acquis que jour par jour jusqu'au décès; quelques-uns accordaient au débiteur la répétition de ce qu'il avait payé de trop, tandis que d'autres, tout en n'accordant pas d'action si le payement n'avait pas eu lieu, prohibaient la répétition. Le

(1) *Voy.* Pothier (n. 248).

projet du Code (art. 17) sanctionnait cette dernière opinion ; mais il fut justement critiqué comme encourageant le débiteur à retarder le plus longtemps possible le payement du terme, et comme violant la loi générale des conventions, dont la liberté doit être absolue, quand elles ne blessent ni les lois elles-mêmes, ni les bonnes mœurs (1). Il est vrai que la convention modifie quelque peu, suivant la très-juste remarque de M. Troplong, la nature du contrat, en ce qu'elle le fait survivre à la personne dont l'existence en déterminait la durée (2). Mais enfin elle a son côté très-utile, et puisqu'en soi elle n'a rien d'illicite, il convenait de la valider. —Du reste, à peine est-il nécessaire de faire remarquer que le créancier de la rente ou ses héritiers n'ont pas le droit d'exiger, outre le terme payé ou à payer d'avance, les arrérages en proportion du temps écoulé pendant le terme durant lequel la rente est venue à s'éteindre (3). Les arrérages sont payés d'avance pour tout le terme ; on ne peut donc les faire payer encore une fois pour une partie.

775. Quand la rente est ainsi payable par terme et d'avance, on décide généralement que le créancier ou ses héritiers n'ont droit au terme qu'autant que la personne sur la tête de laquelle elle était constituée survit à la fin du jous fixé pour son échéance. On se fonde sur le principe, admis déjà par le droit romain, que, quand une dette est payable à jour fixe, le dernier jour du terme ou jour de l'échéance appartient tout entier au débiteur (C. comm., arts. 161 et 162) (4). Mais de ce que le débiteur a tout le jour de l'échéance pour s'acquitter et ne peut être poursuivi que le lendemain, il ne s'en suit pas que la somme ne soit pas acquise au créancier dès la première heure du jour de l'échéance : *stipulatio committitur*, auraient dit les juris-

(1) Fenet (t. XIV, p. 554 et 565) ; Locré (t. XV, p. 190, 206 et suiv.)

(2) M. Troplong, (n. 330.)

(3) *Voy.* M. Duranton (n. 175.)

(4) MM. Troplong (n. 336) ; Aubry et Rau (t. III, p. 423, note 1) ; Taulier (t. VI, p. 510.)

consultes romains. Il suffit, pour cela, que la personne vive un instant pendant ce jour. Si on accorde au débiteur ce délai de grâce, ce n'est pas un motif pour dire que la dette n'est pas encore exigible; ce qui prouve, au contraire, qu'elle l'est devenue, c'est qu'en matière de titre à ordre le porteur est tenu d'exiger le payment ce jour là (C. comm., art. 161): c'est donc qu'à partir du premier instant de ce jour il n'y a plus de terme (1).

776. Ajoutons, enfin, que les parties peuvent également, sans stipuler que le terme sera payé d'avance, convenir que le terme dans lequel on sera lors de l'extinction de la rente sera dû en entier et payable à l'époque ordinaire.

---

* *Troplong sur art.* 1980 *C. N.* } 328. Quand la rente viagère est éteinte par le décès du créancier, il s'agit de savoir comment se règlent les pensions courantes.

Notre article fait une distinction :

Ou la rente est payable d'avance, ou elle est payable sans anticipation (2).

329. Dans ce dernier cas, le débiteur ne doit que le nombre de jours pendant lesquels la personne a vécu. Car, en principe, l'acquisition de la rente s'opère jour par jour ; chaque jour est une échéance ; et le dernier jour de la vie du rentier est aussi le dernier jour de l'obligation et du payement (3).

(1) Trib. de Marmande, 2 déc. 1857, (Dalloz, 57, 5, 281.)

(2) Add. Malleville, p. 190, dit sur l'article : " C'était autrefois une question très-controversée. On distinguait communément les rentes viagères créées par testament, de celles créées par contrat ; on croyait que les premières étaient dues dès le commencement de l'année, et pouvaient être exigées en totalité, quoique le légataire n'eut vécu qu'une partie de cette année ; mais quant aux secondes, on prétendait qu'elles n'étaient dues qu'à proportion du temps. Voyez cette question traitée dans Serres, p. 463. Il prétendait lui, qu'indistinctement la rente était due en entier dès que l'année était commencée. Notre article a pris un sage milieu entre ces diverses opinions."

(3) Duveyrier, tribun. (Fenet, t. XIV, p. 566).

330. Dans le premier cas, il en est autrement; le terme payé ou dû d'avance est acquis en totalité au propriétaire, quand même il n'aurait pas vécu pendant toute la durée de ce terme. La convention de payer d'avance, convention très-licite du reste et assez usitée (1), modifie la nature du contrat, et fait durer, en quelque sorte, la rente plus longtemps que la vie du créancier. Le rentier est censé avoir stipulé une prime pour le cas où la mort viendrait le surprendre avant la fin du terme (2).

331. Dans l'ancienne jurisprudence, on n'était pas généralement d'accord sur l'effet de ce pacte. Plusieurs, s'attachant avec rigueur à la règle, que la rente est attachée à la vie du rentier et doit cesser avec elle, voulaient que les représentants du rentier ne fussent pas fondés à réclamer la totalité du terme, payable d'avance et dû au moment du décès; ils soutenaient que la rente n'était acquise que jour par jour, malgré la stipulation de payement d'avance (3). Bien plus, il y en avait qui voulaient que l'on pût répéter ce qui avait été payé de trop, eu égard au moment du décès (4). D'autres, moins rigoureux, pensaient que si le débiteur avait effectué

(1) Casaregis, disc. 96, n. 44.

(2) Siméon, tribun. (Fenet, t. XIV, p. 554).

Add. Deleurie dit, n. 11614 : " Puisqu'on peut constituer une rente viagère successivement réversible sur plusieurs têtes, on peut, par majorité de raison, stipuler qu'elle sera payée d'avance. Cette clause n'entraîne pour le terme payé d'avance qu'uue sorte de reversion tacite en faveur des héritiers, si le créancier de la rente est mort dans l'intervalle."

Il dit, n. 11615 : " Dans ce cas c'est une prime que le créancier gagne. Dès que l'individu sur la tête de qui porte la rente, a vécu un jour dans le trimestre ou le semestre ; que la rente ait été payée ou non, elle est acquise."

Delvincourt et Duranton rappellent que le principe de l'art. 1980 s'applique aux pensions dues aux maîtres et maîtresses de pension. Ainsi jugé par arrêt du parlement de Paris du 30 juillet 1766, rapporté dans le *Répert.*, v° *Pension*, § 1.

(3) Pothier, n. 248.

(4) Pothier, *loc. cit.*

le payement d'avance, il fallait repousser la répétition et ratifier ce payement consommé.

332. Le projet soumis au conseil d'Etat proposait par son article 17 de consacrer cette dernière opinion, à savoir, le respect pour le payement effectué ; mais aussi la réduction du terme non payé au nombre de jours écoulés jusqu'au décès (1).

Un double inconvénient résultait de cette disposition. D'une part, elle encourageait la négligence à remplir les engagements contractés, puisque le débiteur en retard gagnait à n'avoir pas payé comme il aurait dû le faire (2). D'un autre côté, elle méconnaissait la puissance de la convention qui, en fixant les termes de payement et en rendant le payement exigible au commencement de chaque terme, n'avait rien fait que de licite (3).

333. Le tribunat fit sentir avec force que le projet d'article ne répondrait pas aux sages intentions du législateur (4), et, sur ces représentations, le code civil est rentré dans le vrai. Nous le louons d'avoir fait taire des scrupules superstitieux et écarté ces incohérences.

333. 2° (5).

(1) Fenet, t. XIV, p. 525.

(2) Siméon, *loc. cit.*

(3) Duveyrier, *loc. cit.*

Add. Demante dit, n. 724 : " On suppose alors favorablement que la volonté qui conférait le droit d'exiger, entendait conférer par là même le droit d'acquérir irrévocablement. Il suffit donc que le terme ait dû être payé, et ce quand même il ne l'aurait pas été effectivement, pour qu'il soit acquis en entier."

(4) Fenet, t. XIV, p. 531.

(5) Add. *Autre convention permise.*—Duranton dit, n. 176 : "Il arrive aussi quelquefois que, sans convenir qn'un terme sera payé d'avance, on convient néanmoins que le terme dans lequel on sera entré lors de l'extinction de la rente sera dû en entier. Cette stipulation n'ayant rien d'illicite puisqu'il est loisible aux parties de fixer le taux de la rente comme bon leur semble, elle sortirait pareillement son effet."

334. Nous ferons cependant à l'article 1980 un reproche qui touche à la rédaction. Son texte semble supposer que la rente est toujours assise sur la tête du créancier. C'est une inadvertance ; l'article 1971 est là pour la signaler. Il ne fallait donc pas dire que la rente viagère est acquise au propriétaire dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu. Le texte, pour être exact, devait s'exprimer ainsi : "dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (1)."

335. Quand la rente n'est pas payable d'avance, on demande si le revenu du jour de la mort est acquis aux héritiers du créancier ?

Si on s'en tenait à l'adage *Dies inceptus pro finito habetur*, le débiteur devrait le *prorata* du jour du décès. Mais en cette matière on suit une autre règle, et l'on prend pour guide l'article 586 du code civil.

Or, d'après cet article, les fruits civils s'acquièrent jour par jour. Et comme la loi ne compte pas par heures (2), elle ne fait état que du jour arrivé à son terme. Il faudrait donc que le rentier fût mort à la fin de la dernière heure du dernier jour pour que le revenu du jour de sa mort fût dû. Sinon, ce jour ne passe pas en compte (3).

(1) Add. Cette observation avait été faite par Demante, n. 580, et par Duranton, n. 174. "Cet article dit toutefois : La rente viagère n'est " acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours " *qu'il* a vécu." Mais cette rédaction ne rend pas exactement la pensée de la loi ; car si la rente a été constituée sur la tête d'un tiers, la mort du propriétaire ou rentier ne la fait pas cesser, du moins de droit commun ; elle continue au profit de ses héritiers jusqu'à la mort du tiers."

(2) Art. 2261 du code civil. Mon *Comm. de la Prescription*, n. 810.

(3) Proudhon, *Usufruit*, t. II, n. 910.

(Add. *Junge* n. 59 où Proudhon établit qu'il ne s'agit pas seulement ici des rentes viagères créées par contrat.)

Zachariæ, t. III, p. 84, note 1. Toullier, t. XIV, n. 290.

Add. Deleurie dit, n. 11613 : "Ceux du jour où il est mort ne sont pas dus, parce que les arrérages de chaque jour ne sont acquis que par la révolution de ce jour."

[ARTICLE 1910.]

336. Si la rente est payable d'avance, par exemple le 1er janvier et le 1er juillet de chaque année, le créancier ou ses représentants n'ont-ils droit au semestre qu'autant que la personne sur la tête de laquelle repose la rente a vécu tout le jour fixé pour le payement? L'affirmative est enseignée par Zachariæ (1), et elle résulte du principe général et très-bien enseigné par Souquet, savoir, que lorsqu'il a été convenu qu'une dette se payerait à jour déterminé, elle ne peut être exigée qu'après que ce jour est écoulé (2).

336 2°. (3).

Lahaie, sur art. 1980 C. N. — *Siméon*, rapport au Tribunat, 8 mars 1804, n. 14.—Du principe que la rente viagère est attachée à la vie, on déduisait autrefois qu'elle n'était due que jour par jour ; que la mort la faisait cesser, même quand on aurait stipulé qu'elle serait payable d'avance, et si en exécution de ce pacte, elle avait été payée, on n'admettait pas la répétition. Il en résultait cet inconvénient, que le débiteur négligent à remplir ses engagemens gagnait partie du terme qu'il n'avait pas payé d'avance, au lieu que le débiteur exact le perdait.—Il a paru plus conséquent d'établir d'abord le principe que de droit commun la rente n'est due que jour par jour ; mais que l'on peut stipuler qu'elle sera payée d'avance, et que, dans ce cas, dès que l'individu sur la tête de qui porte la rente a vécu un jour dans le trimestre ou le sémestre, que la rente ait été payée ou non, elle est acquise.

(Voyez observations du Tribunat, 25 février 1804).

Portalis, exposé des motifs au Corps législatif, 5 mars 1804.

Duveyrier, discours au Corps législatif, 10 mars 1804.

Pandectes françaises.—Les arrérages de la rente viagère,

(1) *Loc. cit.*

(2) *Code des temps légaux*, introd., ch. I, n. 4.

(3) Add. *Personnes qui ont droit de toucher les arrérages de pensions échus au décès des militaires titulaires*.—Duranton cite à ce sujet le décret du 1er juillet 1809.

comme les autres fruits civils, naissent jour par jour, et lorsqu'il n'y a point de clause contraire, ils ne sont dus que pour chacun des jours que le créancier a vécu : en sorte que ceux du jour où il est mort ne le sont pas.

Hua.—On doit considérer comme propriétaire celui qui n'a joui de la rente que comme faisant partie des biens sujets à un usufruit. L'art. 588 lui attribue les arrérages, sans l'astreindre à aucune restitution.

Duranton, t. 18, n. 175.—Le créancier ou ses héritiers n'ont point le droit, outre la retenue du terme payé d'avance, de réclamer des arrérages en proportion du temps écoulé pendant le terme durant lequel la rente est venue à s'éteindre, puisque ce temps-là se trouve payé par avance.

N. 176.—Sans stipuler qu'un terme sera payé d'avance, on peut convenir que le terme dans lequel on sera entré lors de l'extinction de la rente sera dû en entier. Cette stipulation n'a rien d'illicite, puisqu'il est loisible aux parties de fixer le taux de la rente.

1911. La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle est constituée à titre gratuit.

1911. A stipulation that the life-rent cannot be seized or taken in execution is without effect, unless it is constituted by a gratuitous title.

---

* *C. N.* 1981. } La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable, que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, *n°* 252 } On a mis en question si les rentes viagères sont susceptibles de saisies et arrêts de la part des créanciers de ceux à

qui elles sont dues, et si l'on peut valablement convenir qu'elles n'en seront pas susceptibles.

Il faut, sur ces questions, distinguer les rentes viagères créées à prix d'argent, qui sont celles dont nous traitons, et celles qui sont créées par don ou legs.

Il n'est pas douteux que le donateur peut valablement apposer à la donation ou au legs qu'il fait à quelqu'un d'une rente viagère, qu'elle ne sera susceptible d'aucunes saisies et arrêts de la part des créanciers de celui à qui il la donne. La raison est que, lorsqu'on fait une libéralité qu'on n'était pas obligé de faire, on la peut faire sous telles conditions qu'on le juge à propos : *Unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere.* Le donateur ou le testateur, en apposant cette clause à sa donation ou à son legs, ne fait en cela aucun tort aux créanciers de celui à qui on lègue la rente viagère, puisqu'il était le maître de ne rien donner à leur débiteur.

Non-seulement cette clause est valable dans les dons ou legs de rentes viagères, elle y est même facilement sous-entendue, lorsqu'il paraît par les circonstances que la rente qui a été donnée ou léguée à quelqu'un, lui a été donnée ou léguée pour subvenir à ses aliments.

Il n'en est pas de même des rentes viagères créées à prix d'argent : elles sont toujours sujettes aux saisies et arrêts des créanciers de ceux à qui elles appartiennent ; et la clause qu'*elles n'y seront plus sujettes*, insérée dans le contrat de constitution de ces rentes, n'est pas plus valable que ne le serait la clause par laquelle, dans un contrat de vente d'un héritage, l'acheteur déclarerait " qu'il l'achète à la charge qu'il ne pourra pas l'hypothéquer pour les dettes qu'il contractera par la suite," personne ne pouvant s'interdire à lui-même la faculté de contracter des dettes, ni à ses créanciers celle de s'en faire payer sur ses biens.

Il est vrai que, par un arrêt du 31 juillet 1683, rapporté au *Journal du Palais*, les créanciers d'une demoiselle Sonin ayant saisi une rente viagère de 2,000 liv., créée au profit

de leur débitrice par l'Hôtel-Dieu de Paris, pour le prix d'une somme de 26.000 liv. qu'elle avait donnée à fonds perdu, la Cour fit distraction au profit de ladite Sonin de 400 liv. de rente par chacun an pour subvenir à ses aliments. Mais cet arrêt, qui a pu être rendu sur des circonstances particulières, et par un motif de commisération, ne peut être tiré à conséquence. On ne peut non plus tirer aucun argument de la clause qui se trouve dans quelques édits de création de rentes viagères, " qu'elles ne seront susceptibles de saisie et arrêt de la part des créanciers des acquéreurs desdites rentes ; " car le droit que renferme cette clause étant *jus singulare*, n'étant établi que pour favoriser le débit des rentes créées par l'édit, et pour procurer par ce moyen plus promptement à l'Etat l'argent dont il a besoin, la disposition renfermée dans cette clause ne peut être étendue à d'autres rentes qu'à celles créées par l'édit, suivant ces règles de droit : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias ;* L. 14, ff. *de Leg.* 1°, et L. 141, ff. *de Reg. jur. Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi ;* L. 62, ff. *de Reg. jur.*

---

8 *Marcadé, sur art.* 1981 *C. N.* } I. — 777. La rente viagère établie à titre onéreux ou à titre gratuit constitue comme tout autre bien, une portion du patrimoine du crédirentier : c'est une créance qui augmente d'autant son actif, et qui, en conséquence, est soumise aux règles générales de transmission et de saisie. Le crédi-rentier peut donc la céder à un tiers. Nous l'avons vu *suprà*, n. 754, cette opération est soumise aux règles du droit commun, et non à la dérogation de l'art. 1978. Il y a même certains cas où la rente est transmise de plein droit d'une personne à une autre (*suprà*, n. 688, 694 et suiv.)

De ce que la rente viagère est un bien comme tout autre, il en résulte encore qu'elle est comprise dans la généralité des termes des arts. 2092 et 2093 : elle peut donc être saisie

non-seulement pour les arrérages mais encore à fin d'expropriation (1).

778. Tel est le droit commun en l'absence de toute stipulation particulière des parties. La question de savoir s'il peut recevoir des modifications par l'effet de la convention est résolue, dans l'art. 1981, par une distinction entre la rente viagère constituée à titre onéreux et la rente constituée à titre gratuit.

Dans le premier cas, le droit de saisie est absolu pour les créanciers et ne peut être restreint par aucune clause; il s'étend non-seulement aux arrérages déjà échus, mais encore aux arrérages à échoir, et même à la rente, considérée comme être moral, que les créanciers peuvent faire vendre pour s'en partager le prix. Il est évident, en effet, que nul ne pouvant s'interdire la faculté de contracter des dettes, ne doit pas par cela même pouvoir enlever à ses créanciers le droit de se faire payer sur ses biens. Il serait par trop facile, sans cela, de se jouer de ses créanciers et de mettre sa fortune à l'abri de leur poursuite.

779. Dans le cas d'établissement de la rente viagère à titre gratuit, au contraire, il a toujours été permis et il est toujours licite de déclarer la rente insaisissable. Le donateur ou le testateur, qui était libre de ne pas faire de libéralité, a pu, en en faisant une, y apposer telle restriction qu'il a jugée à propos; il ne cause par là aucun tort aux créanciers de celui à qui il donne, puisqu'il était le maître de ne rien donner à leur débiteur: ceux-ci ne peuvent donc pas se plaindre. Notre article n'est du reste, en ce point, que l'application du troisième paragraphe de l'art. 581 du Code de procédure, qui déclare insaisissables les sommes et objets disponibles déclarés tels par le testateur ou donateur.

Ajoutons immédiatement que le quatrième paragraphe du même article accorde le même privilége aux sommes et

(1) Caen, 21 juin 1814, (S V., 14, 2, 397; C. n., 4, 2, 395; Dalloz, 15, 2, 2); Paris, 2 janv. 1823, (S.V., C. n., 25, 2, 5; 7, 2, 148; Dalloz, 24, 2, 110.)

pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables : la condition d'insaisissabilité est ici présumée de plein droit.

Toutefois l'art. 582 du même Code apporte une restriction à la clause permise par notre article et par l'art. 581 : les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs peuvent opérer la saisie en vertu de la permission du juge et pour la part qu'il déterminera.

780. Mais, il faut bien le remarquer, l'insaisissabilité ne peut être utilement stipulée, et elle n'est consacrée par la loi que dans le cas de rente viagère constituée à titre purement gratuit. Ainsi, la stipulation ne vaudrait pas même pour la rente viagère qu'un donateur, se réserverait comme condition de la donation par lui faite. Nous ne sommes plus ici dans les termes de notre article, dont l'application doit être rigoureusement limitée au cas où l'auteur de la libéralité se constitue ou constitue son héritier débiteur de la rente en faveur d'un tiers, et au cas spécialement prévu par l'art. 1973. Quand la rente viagère est une charge imposée à son profit par le donateur au donataire, il n'y a plus l'acte de pure libéralité en vue duquel notre article dispose, et la clause d'insaisissabilité y doit être d'autant moins tolérée qu'au moyen d'aliénations successives, faites sous la même condition, le donateur pourrait aisément soustraire ses biens à l'action de ses créanciers, et arriver ainsi à annihiler le droit de gage général consacré par l'art. 2092. La Cour de Rennes a donc justement décidé que la rente viagère, stipulée comme condition de l'abandon de tous ses biens fait par une mère à ses enfants, doit être réputée créée à titre onéreux, et par suite ne peut être déclarée insaisissable (1).

Dans ce même ordre d'idées, il faut dire que le vendeur ne pourrait pas stipuler avec effet l'insaisissabilité d'une rente viagère qu'il se réserverait dans le prix, la rente fût-

(1) Rennes, 25 juill. 1840, (S.V., 41, 2, 422 ; Dalloz, 41, 2, 233.)

elle même réservée à titre de pension alimentaire. L'art. 581, 4°, du Code de procédure, en déclarant insaisissables les sommes et pensions pour aliments, a uniquement en vue, comme le texte même l'indique, les sommes et pensions données par des tiers à titre gratuit.

781. Quand la rente viagère a été stipulée insaisissable par les parties, ou quand elle est déclarée telle par la loi, le débiteur ne peut, le cas échéant, user du moyen de la compensation vis-à-vis du créancier pour se dispenser de lui payer les arrérages (arg. de l'art. 1293, 3°), il se placerait sans motif, par ce moyen, dans une position meilleure que celle des autres créanciers, en ce qu'il arriverait indirectement et par voie de rétention à se faire payer sur un bien légalement soustrait à leur action. Il faut néanmoins réserver le cas où le débiteur serait devenu créancier postérieurement à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs : il pourrait alors faire admettre par le juge une compensation partielle, en vertu de l'art. 582 du Code de procédure.

782. L'art. 1981 a trait à la clause d'insaisissabilité, qu'il valide, mais seulement quand elle est écrite dans une constitution de rente viagère à titre gratuit. L'article ne dit rien de la clause d'incessibilité. Il n'en est pas moins certain que le droit de cession peut être restreint entre les mains du crédi-rentier, de même que le droit de saisie peut être restreint entre les mains de ses créanciers. Mais il ne peut l'être que sous les mêmes distinctions. Ainsi, quand la rente viagère est constituée à titre gratuit, elle peut être déclarée incessible. Seulement, la stipulation ne touche qu'au fond même du droit : elle laisse le crédi-rentier libre de faire cession des arrérages à échoir ; et quant aux arrérages échus, ils forment dans ses mains un capital dont il peut aussi librement disposer (1).

Voilà pour la rente constituée à titre gratuit.— Que si elle était créée à titre onéreux, la clause d'incessibilité serait

(1) Rouen, 29 janv. 1829, (S.V., 30, 2, 149; C. n., 9, 2, 197; Dalloz, 33, 2, 195.)

vainement ajoutée au contrat : elle ne serait obligatoire ni pour le débiteur de la rente, qui n'a aucun intérêt à critiquer la cession, puisqu'il a reçu le prix de la rente, ni pour le crédi-rentier lui-même, qui n'a pu à l'avance enchaîner sa liberté (1).

---

* *Troplong, sur art.* 1981 *C. N.* } 337. La rente viagère est susceptible de cession (2) ; elle peut être vendue par le créancier aux conditions stipulées dans le contrat originaire. Elle est même, dans certains cas, transmissible de droit. Par exemple : lorsque, étant constituée sur la tête d'un tiers désintéressé, le créancier vient à mourir avant le tiers, le bénéfice de la rente passe à ses héritiers (3).

338. Il n'est même pas douteux que les créanciers du rentier ont le droit d'en saisir et arrêter les arrérages (4). Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (5).

339. Mais peut-on stipuler, en créant une rente viagère, qu'elle ne sera pas saisissable ? Cette question se résout par une distinction :

Ou la rente est créée à titre onéreux, ou elle est créée à titre gratuit.

340. Dans le premier cas, ni le constituant qui la vend, ni le créancier qui l'achète, n'ont le pouvoir de la rendre insaisissable. Un vendeur ne ferait-il pas une chose ridicule en stipulant, par exemple, que l'immeuble qu'il aliène ne sera pas susceptible de saisie ? Pourquoi serait-il plus puissant à l'égard d'une rente viagère ? Et quant à l'acheteur, tombe-t-il sous le sens qu'en faisant entrer une chose dans son pa-

(1) Orléans, 6 août 1841, (S.V., 41, 2, 575). Req., 1er mars 1843, (S. V., 43, 1, 345 ; Dalloz, 43, 1, 101).

(2) *Suprà* n. 314.

(3) *Suprà*, n. 238.

(4) Pothier, n. 252.

(5) Art. 2093 du code civil.

trimoine, il lui soit loisible de la soustraire à l'action de ses créanciers (1) ? Est-ce qu'il peut lui être permis de leur faire fraude en les privant de leur gage légal ?

341. Mais quant la rente est constituée à tire gratuit, il en est autrement (2). Le donateur et le testateur ont été maîtres d'apposer à leur libéralité la condition d'insaisissabilité. *Unumquemque licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere* (3). Les créanciers ne sauraient se plaindre d'aucun tort. N'était-il pas au pouvoir du donateur et du testateur de ne pas donner (4) ?

342. Il faut même dire que la rente viagère donnée ou léguée à titre d'aliments est présumée de droit avoir été faite avec la condition d'insaisissabilité (5). C'est pourquoi l'article 581, n. 4, du code de procédure civile, la déclare insaisissable quand même la donation ou le testament seraient muets à cet égard (6).

343. On sait au surplus que cette insaisissabilité stipulée, ou présumée de droit, n'est pas absolue, et que, d'après l'article 582 du code de procédure civile, il y a des cas où l'on

(1) Pothier, n. 252 ; Portalis, *Motifs* (Fenet, t. XIV, p. 547).

(2) Add. Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 380, critique la rédaction de l'art. 1981. "L'art. 1981 dit : *Lorsque la rente a été constituée à titre gratuit* ; ce qui n'est pas exact. Je puis remettre dix mille francs à Pierre, pour qu'il fasse une rente viagère de mille francs à Paul, et stipuler que cette rente sera insaisissable ; cependant elle est constituée à titre onéreux, mais il suffit que celui qui en jouit en jouisse à titre gratuit, pour que la clause d'insaisissabilité puisse avoir lieu."

(3) Pothier, *loc. cit.* Portalis, *loc. cit.*
Add. Op. conf. de Grenier, *Hyp.*, n. 161.
Jurisprudence.—Caen, 21 juin 1814. (Sirey, XIV, 2, 397.) Paris, 2 janvier 1823.

(4) *Junge* art. 581, n. 3, du code de procédure civile.

(5) Pothier, n. 252.

(6) Add. Deleurie cite ici Aix, 27 mars 1806 (Denev., *supplém.*, page 175).

peut recourir au ministère du juge pour obtenir la saisie partielle (1).

344. Mais, faisons-y bien attention, le privilège de l'insaisissabilité n'a été établi ou reconnu par la loi que dans le seul cas de constitution gratuite de la rente viagère. Il ne servirait de rien qu'une personne qui vend ses biens et se réserve dans le prix une rente viagère la déclarât insaisissable. Nous le répétons, toute rente viagère stipulée par contrat onéreux est soumise au droit des créanciers (2).

345. Dans le dernier cas que je viens de citer, il ne serait pas plus juridique que le créancier se fût fait la réserve de la rente à titre de pension alimentaire. L'article 581 du code de procédure civile n'a en vue que les pensions alimentaires données par des tiers à titre gratuit, et non pas les rentes que le créancier se procure par l'aliénation de ses propres biens (3) : sinon il n'y aurait rien de plus facile que de faire fraude aux droits des tiers.

345. 2o (4).

(1) Add. Delvincourt ajoute, t. VIII in-8o, page 380 : " Quand le rentier n'a pas fourni les fonds, ses créanciers n'ont pas à se plaindre, puisque la constitution de rente n'a pas diminué le patrimoine de leur débiteur. Il y aurait cependant encore, alors, lieu à l'application de l'art. 582 du code de procédure ; et, en conséquence, s'il résultait de l'acte et des circonstances que la rente est purement alimentaire, elle pourrait être saisie pour cause d'aliments ; et dans le cas où elle ne serait pas alimentaire, elle pourrait être saisie par des créanciers postérieurs à la constitution, en vertu de la permission du juge et pour la portion déterminée par lui."

(2) Add. Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8o, p. 380.

(3) Rennes, 25 juillet 1840 (Devill., XLI, 2, 422).

(4) Add. *Conséquences de l'insaisissabilité de la rente quant à la compensation.*—Duranton dit, n. 180 : " Lorsque la rente viagère donnée ou léguée a été déclarée insaisissable par le donateur ou par le testateur, ou lorsqu'elle est déclarée insaisissable par la loi, comme ayant été donnée ou léguée à titre d'aliments, le débiteur de la rente ne peut pas, pour se dispenser d'en payer les arrérages au créancier, lui opposer la compensation, si ce n'est, toutefois, que ce ne fût pour une dette postérieure à la donation ou à l'ouverture du legs, en vertu de la permission

[ARTICLE 1911.]

346. A côté de cette question, si nettement décidée par notre article, il s'en trouve une autre que la jurisprudence a soulevée. Elle consiste à savoir si une rente viagère peut être stipulée incessible.

La distinction que nous faisions tout à l'heure entre la rente à titre onéreux et la rente à titre gratuit se reproduit ici.

347. Si la rente est constituée à titre gratuit, le donateur et le testateur peuvent stipuler que le rentier ne pourra pas la vendre (1). Cette clause, souvent nécessaire pour sauver de la ruine un dissipateur ou un prodigue, ne peut être accueillie qu'avec faveur ; elle ne présente pas les caractères d'un fidéicommis prohibé ; car si elle renferme la charge de conserver, elle ne contient pas la charge de rendre, élément nécessaire de tout fidéicommis contraire aux lois.

348. Mais quand la rente est constituée à titre onéreux, la clause d'incessibilité ne saurait subsister. Qui pourrait, en effet, avoir un intérêt civil, digne de considération, à faire révoquer la cession consommée en contravention à cette clause ? Serait-ce le débiteur de la rente ? Mais il a été désintéressé et mis hors de cause par le prix qu'il a reçu *ab initio* pour servir les annuités ; et dès lors que lui importe de payer la rente à tel plutôt qu'à tel autre ? Fera-t-il parler le langage de l'affection pour le créancier ? Mais ce n'est pas à une personne qui traite dans la vue de faire son profit qu'il appar-

du juge, et pour la somme qu'il déterminerait ; car il est juste que celui qui serait admis à saisir la rente puisse opposer la compensation dans le même cas et dans les mêmes limites."

(1) Rouen, 29 janvier 1829 (Sirey, XXX, 2, 149 ; et la note de Devill., au vol. XLI, 2, 575).

Add. Voici la notice de cet arrêt d'après Armand Dalloz : Une rente viagère déclarée par le contrat constitutif incessible, n'a ce caractère qu'en ce sens, qu'on ne peut céder les arrérages à échoir.—Les arrérages échus peuvent être cédés. Rouen, 29 janvier 1829 (D. P., XXXIII, 2, 195).

tient de toucher cette corde. Qu'il la laisse à l'homme libéral qui a donné, et non pas vendu !

A défaut du débiteur, pourrait-on trouver dans la personne du créancier le principe d'une action en nullité de la cession ? Pas davantage. Ce créancier n'a pu se faire à lui-même une loi qui enchaîne d'avance sa libéralité. Puisque cette loi est son ouvrage, il a eu la faculté de la détruire à son bon plaisir, et de revenir au droit commun.

Cette opinion a en sa faveur un arrêt de la cour royale d'Orléans, du 6 août 1841 (1), dont je n'adopte pas tous les motifs, mais qui, au fond, peut être ramené à ceux que je viens d'exposer. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 1er mars 1843 (2).

Lahaie, sur art. 1981 C. N. } *Siméon*, rapport au Tribunat, 8 mars 1804, n. 16.—La rente viagère que l'on donne peut être déclarée insaisissable. C'est une libéralité que l'on fait sous cette condition, qui ne nuit à personne. Les créanciers du donataire de la rente n'ont pas dû compter sur une libéralité qui leur profitât malgré le donateur. Mais il n'en est pas de même de la rente viagère que l'on achète ; ce serait un moyen de frauder ses créanciers, en plaçant sa fortune, qui est leur gage, à rente viagère.

(Voy. Portalis, exposé des motifs au Corps législatif, 5 mars 1804).

Duveyrier, discours au Corps législatif, 10 mars 1804.

Pandectes françaises.—Il résulte du texte qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité de cette condition, que la rente soit donnée expressément à titre d'alimens. Il suffit qu'elle soit constituée à titre gratuit.

(Voy. Delvincourt, t. 2, not. 7, p. 272).

Duranton, t. 18, n. 180.—Lorsque la rente viagère a été

(1) Devill., XLI, 2, 575.

(2) Devill., XLIII, 1, 345.

déclarée insaisissable par le donateur, le testateur, ou par la loi, le débiteur de cette rente ne peut pas, pour se dispenser d'en payer les arrérages au créancier, lui opposer la compensation, à moins que ce ne soit pour une dette postérieure à la donation ou à l'ouverture du legs ; encore, n'est-ce qu'en vertu de la permission du juge et pour la somme qu'il lui détermine.

A. Dalloz, rente, n. 329.—Constituée à titre onéreux, la rente viagère demeure susceptible de saisie et d'expropriation, malgré toute convention contraire. (Pothier, rente, n. 252 . Merlin, R., v. rente, p. 637 ; Dalloz, Rec., alphab., t. 9, p. 573, n. 15).

1912. L'obligation de payer la rente ne s'éteint pas par la mort civile de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. Elle continue pendant sa vie naturelle.

1912. The obligation to pay a life-rent is not extinguished by the civil death of the person upon whose life it is constituted. It continues during his natural life.

---

* *C. N.* 1982. } La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire ; le paiement doit en être continué pendant sa vie naturelle.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1910.

---

* *Marcadé, sur art.* 1982 *C. N.* } I.— 783. Après la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, notre art. 1982 est sans objet. Mais la question de savoir quels sont les modes d'extinction de la rente viagère s'y pose tout naturellement. Le premier, le plus ordinaire et le plus naturel, est la mort de la personne ou des personnes sur la tête des-

quelles la rente était constituée. Cela résulte des expressions finales de notre article, aussi bien que des termes de l'art. 1980 : le législateur a cru inutile d'exprimer formellement la conséquence, tant elle ressort des principes eux-mêmes et de la nature du contrat.

Quand la rente est établie sur la tête du créancier lui-même, elle prend fin, sans aucun doute, par sa mort, sauf le droit de ses héritiers de réclamer les arrérages courus jusqu'au décès, et même le terme en totalité si, ayant été stipulé payable d'avance, il est encore dû, ou s'il avait été convenu que le terme courant serait payé en entier.

Quand la rente est constituée sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir, elle s'éteint par la mort non point du crédi-rentier lui-même, mais du tiers désigné. Si donc celui-ci survit, le service de la rente doit continuer au profit des héritiers ou des représentants du crédi-retier.

Enfin, quand la rente est établie soit sur la tête de plusieurs personnes et à leur profit, soit sur la tête de plusieurs individus étrangers au contrat, l'extinction n'en est opérée, en principe, que par la mort de toutes ces personnes, en sorte que le pré-décès des unes n'empêche pas la rente de subsister en totalité au profit des survivants : nous nous sommes expliqué déjà là-dessus (*suprà*, n. 691 et suiv.)

784. Du reste, l'extinction de la rente se produit par la mort du crédi-rentier ou des personnes sur la tête desquelles la rente était constituée, quelle que soit la cause de la mort : c'est le principe. Ainsi, soit que le crédi-rentier dispose de sa vie par un suicide, soit qu'il périsse victime d'un crime ou d'une imprudence commise par un tiers, l'obligation de servir les arrérages cesse, sauf, dans ce dernier cas, l'action en responsabilité contre l'auteur du délit.

Le seul cas qui puisse faire difficulté est celui où le débiteur, voulant se débarrasser du service de la rente et hâter sa libération, aurait lui-même donné la mort au crédi-rentier ou à celui sur la tête de qui la rente était constituée. On a dit, en thèse absolue, que le contrat se trouve résolu en vertu du

principe de l'art. 1184 (1). Nous ne croyons pas que la solution convienne à tous les cas.

Sans doute, quand la rente viagère a été constituée à titre onéreux, la résolution du contrat, qui oblige le débi-rentier à rendre tout ce qu'il a reçu, est le moyen le plus naturel et le plus équitable d'indemniser les héritiers du crédi-rentier. Il est bien vrai que c'est par le fait de ce débi-rentier que s'est accomplie la condition dont l'événement devait lui procurer sa libération, et, sous ce rapport, ce serait le cas d'appliquer l'art. 1178, c'est-à-dire de tenir la rente comme toujours subsistante. Mais il y aurait là des inconvénients et des dangers. La personne dont la vie devait régler la durée de la rente n'est plus là ; il faudrait donc, pour suppléer à son absence, fixer arbitrairement le temps pendant lequel le service des arrérages serait continué. On évite ce danger de l'arbitraire par la résolution, et, en même temps, on atteint d'une manière plus sûre et plus efficace le débiteur avare et criminel, en l'obligeant à tout restituer. La jurisprudence s'est donc justement arrêtée à ce moyen, dans ce cas (2), comme aussi elle a ajouté, avec raison, que non-seulement le débi-rentier est tenu de rendre, en conséquence de la résolution, tout ce qu'il avait reçu, mais encore que les arrérages de la rente doivent être payés jusqu'au jour du crime.

Seulement, contrairement à l'avis de M. Troplong, nous n'irions pas jusqu'à dire, dans ce cas de constitution de la rente à titre onéreux, que la résolution doit atteindre les tiers acquéreurs des immeubles aliénés en échange de la rente viagère (3). Il nous paraîtrait plus équitable d'appliquer, par analogie, l'art. 958 du Code Napoléon, qui dans le cas de révocation des donations pour cause d'ingratitude,

(1) MM. Troplong, (n. 353) ; Toullier (t. VI, p. 511.)

(2) Pothier, 13 nivôse an 10, (S. V., 2, 2, 129 ; C. n., 1, 2, 45 ; Dalloz, alph., XI, 579). Paris, 18 janv. 1811, (S. V., 11, 2, 81 ; C. n., 3, 2, 395 ; Dalloz, 11, 2, 205). Amiens, 10 déc. 1840, (S. V., 43, 2, 3 ; Dalloz, 43, 2, 123).

(3) M. Troplong, (n. 354).

dispose que la révocation ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aurait pu imposer sur l'objet de la donation, et que, dans ce cas, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande.

785. Et maintenant, passons à l'hypothèse où la rente résulte d'un contrat à titre gratuit. — Si la rente a été retenue par un donateur et à son profit comme charge d'une libéralité par lui faite, il est clair que les arts. 955 et suiv., relatifs à la révocation des donations pour cause d'ingratitude, seront applicables au donataire qui aura donné la mort au donateur.

786. Si elle a été l'objet exclusif de la donation ou du testament, il est clair aussi que le moyen de la résolution n'est pas praticable, puisque rien n'a été donné en retour de la rente. Les tribunaux seront alors obligés, par la force des choses, d'accorder des dommages-intérêts aux héritiers, soit en condamnant le débiteur à fournir une somme une fois payée, soit en fixant une période de temps pendant laquelle le service de la rente sera continué. La même solution serait encore applicable dans le cas de l'art. 1973.

Elle le serait également dans le cas d'une constitution ordinaire à titre onéreux si, à raison de circonstances particulières, il était impossible de prononcer la résolution pour laquelle nous avons pris parti au n. 784. Telle était la situation qui se présentait dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour d'Amiens par l'un des arrêts cités sous ce numéro. La rente viagère était le prix d'un usufruit établi sur un immeuble dont le débiteur était nu propriétaire ; il n'était pas possible de faire rentrer aux mains des héritiers un usufruit dont la mort de l'usufruitier venait d'amener l'extinction ; la nature de l'objet à restituer y résistait : c'est pourquoi la Cour dut faire continuer le service de la rente.

787. Le droit d'exiger le service d'une rente viagère, le fonds de la rente lui-même, s'éteint aussi, comme toute

créance en général, par la prescription de trente ans (art. 2262). Les Cours de Metz et de Lyon ont méconnu, à cet égard, la vérité juridique lorsqu'elles ont jugé que le droit lui-même est imprescriptible, en se fondant sur ce que la rente n'a pas de capital, et ne se compose que des arrérages, et sur ce que l'art. 2257 s'oppose à ce que la prescription commence à courir, à l'égard d'une créance conditionnelle, avant l'arrivée de la condition, et puisse atteindre les arrérages à échoir (1). Cette doctrine est rejetée par tous les auteurs, comme contraire aux principes du Code : et en effet, si la créance dont il s'agit ici est limitée dans sa durée par un événement futur et incertain, elle est en elle-même pure et simple tant qu'elle existe, et la règle générale de l'art. 2262 doit l'atteindre (2).

On admet aussi généralement que la prescription court à dater du jour même de la constitution s'il n'a jamais été payé d'arrérages, et, au cas contraire, à dater du jour du dernier payement (3).

Quant aux arrérages échus, ils se prescrivent par cinq ans en vertu de l'art. 2277; et la mort du crédi-rentier avant les cinq ans à partir de l'exigibilité n'interrompt pas la prescription (4).

788. Ajoutons enfin que la rente viagère peut être éteinte encore par la novation, par le rachat volontaire que le créancier peut permettre, par la remise qu'il accorde au débiteur, et par la confusion.

(1) Metz 28 avril 1819, (S.V., 20, 2, 12; C. n., 6, 2, 61; Dalloz, 20, 2, 3); Lyon, 5 avril 1824, (S.V., C. n., 7, 2, 343.)

(2) Toulouse, 23 janv. 1828, (S.V., 29, 2, 260; C. n., 9, 2, 22; Dalloz, 29, 2, 155).

(3) *Voy.* là-dessus Marcadé, (art. 2263).

(4) Bordeaux, 21 mars 1846, (S.V., 46, 2, 545; Dalloz, 49, 2, 108; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 88.)

* *Troplong, contr. aléat., sur art.* 1982 *C. N.* } 349. La rente viagère s'éteint par la mort naturelle de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. Ce principe est sous-entendu dans l'article 1982 du code civil, et lui sert de point de départ. C'est pourquoi nous devons nous y arrêter quelques instants avant d'aborder l'objet précis de ce même article.

350. Quand la personne qui est créancière de la rente vient à mourir avant la personne sur la tête de laquelle elle est constituée, la rente continue avec ses représentants. Quand au contraire la personne sur la tête de laquelle elle est constituée meurt avant le créancier, ce dernier n'a plus rien à prétendre. Son droit est éteint.

On voit que ce qui est à considérer ici, ce n'est pas le décès du créancier, c'est le décès de la personne sur la vie de laquelle la rente est constituée.

351. Quelquefois des débiteurs de rente viagère souhaitent la mort de celui sur la tête duquel elle est constituée. Ce sentiment est mauvais et condamnable. Ne la mettons pas sur le compte du contrat de rente viagère, qui, en lui-même, est aussi moral que tout autre. Renvoyons-en la responsabilité à l'avarice de débiteurs, qui trouvent commode de profiter des chances heureuses d'un contrat aléatoire, et s'impatientent des chances défavorables qui en sont la compensation.

352. Quelquefois aussi, lorsque la rente était constituée sur la tête du créancier, il s'est rencontré des débiteurs qui ont hâté leur libération en donnant la mort à ce créancier. Les auteurs italiens rappellent la triste fin de Jean Pic de la Mirandole, empoisonné par un riche Florentin qui lui devait une rente viagère (1).

(1) Surdus, *De alim.*, t. IX, quæst. 11, n. 30, *in fine*; Casaregis, disc. 96, n. 7. Je n'ai pas trouvé le récit de ce fait dans la *Biographie universelle*. Voici ce que dit Surdus: "Audivi enim a majoribus Joannem Picum, qui, ob egregias animi dotes, Phœnici cognomen meruerat, talis

La jurisprudence civile s'est préoccupée de cette coupable atteinte portée à l'essence d'un contrat dont la fin a été subordonnée *ab initio* au cours de la nature. Elle s'est demandé quels doivent être les effets juridiques de la mort violente du créancier par le crime du débiteur.

353. Deux fois (il est triste de le dire) cette question a été portée en justice ; les tribunaux ont décidé, avec raison, que le contrat de rente viagère se trouve résolu par suite du principe de l'article 1184 du code civil (1). Le débiteur homicide viole en effet l'une des conditions substantielles du contrat de rente viagère; il fait cesser l'incertitude des chances en vue desquelles ce contrat a été combiné ; il devance par un fait criminel l'événement final qui devait être l'ouvrage du temps, et rend sa condition meilleure aux dépens de sa victime.

354. Et comme, dans les deux espèces auxquelles je fais allusion, la rente viagère avait été créée pour vente d'immeubles, les arrêts ordonnèrent que les biens rentreraient francs et quittes de toutes charges et hypothèques dans les mains des héritiers du créancier.

355. On décida également (et c'est la conséquence de la doctrine que nous avons enseignée ci-dessus) (2) que les arrérages dus jusqu'au jour du crime seraient intégralement servis sans diminution. En effet, il ne faut pas se laisser persuader que l'effet rétroactif efface radicalement tout le passé. Il y a des droits acquis devant lesquels il doit s'incliner, et rien ne serait plus fatal que de faire disparaître, sans distinction, tous les actes et faits consommés de bonne foi *pendente conditione*.

pacto, magna pecuniarum data quantitate, alimenta stipulatum a divite quodam Florentino, veneno absumpti ; quod is, moræ impatiens, naturalis mortis diem exspectare non posset."

(1) Poitiers, 13 nivôse an x (Dalloz, *Rente*, p. 579) ; Amiens, 19 septembre 1840 (Devill., XLIII, 2, 2).

Add. On cite encore Paris, 18 janvier 1811 (Sirey, XI, 2, 81).

(2) Nos 300 et 316.

356. J'ajoute une observation que me suggère le second de ces arrêts, celui de la cour royale d'Amiens. Au nombre des contrats passés entre l'homicide et sa victime, il y avait un acte par lequel le second avait vendu au premier, moyennant une rente viagère de 120 francs, un usufruit établi sur un immeuble dont celui-ci était nu propriétaire. Ce cas singulier compliquait la résolution du contrat de circonstances embarrassantes. Car comment faire rentrer aux mains des héritiers du crédirentier un usufruit que la mort de l'usufruitier venait d'éteindre? On s'avisa d'un tempérament équitable, et on fixa à une rente de 120 francs payable pendant 30 ans la valeur de cet usufruit.

357. Si le crédirentier dispose de sa vie par un suicide, la rente est légalement éteinte. Quoiqu'il ait anticipé sur le cours de la nature, et hâté un événement qui dépendait de Dieu, ce fait ne saurait porter préjudice au débiteur. C'est à son égard une force majeure, qui doit produire les mêmes effets que la mort naturelle.

358. Occupons-nous maintenant de la mort civile. Ce point est l'objet principal de l'article 1982.

La mort civile est une imitation de la mort naturelle; mais cette imitation est imparfaite, et l'on aurait tort d'assimiler entièrement l'un à l'autre. Dans les contrats en général, quand on parle de la vie et de la mort, ces expressions s'entendent de la vie et de la mort naturelles (1). La mort civile

(1) Delvincourt, t. III, p. 424, notes, n. 4.

Add. Opin. conf. de Duranton, n. 181, où il ajoute : "Il en est autrement en matière d'usufruit, quoique établi par contrat, et aussi du préciput, qui ne peut être convenu que dans un contrat de mariage; mais d'abord, quant au préciput, cela a souffert difficulté, comme nous l'avons expliqué au titre *du Contrat de mariage*, tome XV, n. 191, où nous donnons les raisons qui l'ont fait décider ainsi; et quant à l'usufruit, comme les principes qui le régissent nous sont venus du droit romain, dans lequel l'usufruit ne s'éteignait point par le changement d'état, on n'a pas jugé à propos, peut-être à tort, dans le cas où il a été constitué à titre onéreux, de faire passer aux héritiers de l'usufruitier atteint de mort civile la jouissance qu'il avait, et jusqu'à sa mort naturelle; car la

n'est donc pas l'événement critique qui met fin au contrat de rente viagère. (1) Les parties ont réglé leurs prévisions sur la vie naturelle ; la mort civile est un incident qui ne saurait influer sur l'existence de ce contrat (2).

359. Il est vrai que l'usufruit s'éteint par la mort civile (3). Mais ce point de droit ne peut être étendu à la rente viagère ; car, pour en fixer le taux, les parties n'ont fait entrer en ligne de compte que les chances de la mort naturelle, et elles n'ont pas eu la pensée odieuse de la mort civile. Auraient-elles traité dans la prévision d'un crime possible ?

360. Mais puisque la mort civile ne porte pas atteinte à la rente viagère, on se demande, avec Delvincourt, qui la touchera, lorsque le créancier est frappé de cette peine (4).

Comme lui nous répondons : Si la rente est purement alimentaire, le mort civil en pourra profiter ; sinon, elle passera à ses héritiers (5).

raison serait bien la même que pour la rente viagère, puisque le droit d'usufruit peut être cédé, vendu, loué, et qu'ainsi il n'est pas nécessaire que ce soit l'usufruitier qui jouisse et cultive par lui-même."

(1) Add. "Parce que cette sorte de rente tient de la nature alimentaire," dit Favard, v° *Contr. aléat.*, p. 696.

(2) Pothier, n 256.

(3) Art. 617 du code civil.

Add. "L'art. 1982 condamne donc l'art. 617, dit Hennequin, *Usuf.*, p. 495 et suiv. ; il y a entre ces deux dispositions une déplorable antinomie dont la réforme est réclamée par la dignité même de la législation française." (Armand Dalloz, t. V, supp., p. 1056, n. 649.) La même critique avait été faite par Toullier, t. III, n. 446.

(4) T. III, p. 424, notes, n. 4.

(5) *Junge* article 25 du code civil. Proudhon, *Usuf.*, t. IV, n. 1972. [Add. Nos 58 et 305.] Zachariæ, t. III, p. 85, note 2.

Add. Op. conf. de Boileux ; de Merlin, *Rép.*, vis *Rente viagère*, n. 14, et *Mort civ.*, § 1 ; de Delvincourt, t. VIII in-8°, page 376 ; de Dalloz, *Rente viagère*, n. 20 ; de Rolland de Villargues, n. 61.

Telle n'est pas l'opinion de Mazerat sur Demante, n. 726. "Après la mort civile du propriétaire de la rente viagère, dit-il, les arrérages en sont payés à ses héritiers ; et je ne pense pas qu'il faille distinguer, à cet

360 2° (1). 360 3° (2).

égard, si c'est à titre d'aliments ou non qu'elle a été constituée : car il est dépouillé de tous ses biens actuels, et il a une action directe pour obtenir des aliments."

Zachariæ, § 390, ne fait pas non plus la distinction proposée par Troplong.

(1) Add. *Lorsque c'est par testament que la rente est créée, les héritiers du légataire peuvent-ils jamais y prétendre droit ?*—

Mazerat sur Demante répond, p. 582 : " Si la rente viagère est créée par testament, on pourrait soutenir que les héritiers du légataire, mort civilement, ne peuvent y prétendre ; attendu que c'est un legs qui se succède ; que, pour le recueillir, il faut être capable à chaque époque à laquelle il s'ouvre, et que l'intention évidente du testateur n'a pas été que les héritiers en profitassent. Tous ces motifs ne sont que spécieux : la rente viagère est un être moral qui s'ouvre une fois pour toutes ; et, d'ailleurs, l'art. 1982 ne distingue pas, il faut continuer la rente malgré la mort civile, sans s'occuper de la qualité du titre constitutif *ubi lex non distinguit, et nos non distinguere debemus.*) Dans tous les cas, les raisons indiquées pour l'opinion contraire ne sauraient s'appliquer à l'hypothèse où la rente serait léguée à titre d'aliments, vu que le mort civil conserve sa capacité pour recevoir à ce titre."

Boileux, p. 516, dit au contraire : "Toutefois, les héritiers ne pourraient, suivant nous, prétendre aucun droit à la rente, si elle résultait d'une disposition testamentaire ; car évidemment l'intention du testateur n'aurait pas été de les appeler."

(2) Add. *Autre mode d'extinction de la rente viagère, et surtout de la prescription.*— La rente viagère s'éteint suivant les principes généraux en matière d'obligations, par la remise de la dette, la novation, etc. ; quant à la compensation, voir ce qui a été dit du cas où la rente est insaisissable.

La rente est prescrite si l'on a été trente ans sans la réclamer. Cette question a été aussi résolue par Troplong, *Prescription*, n. 182, où se trouvait notée l'opinion conforme de Duranton, dans son *Traité de la Prescription.*

C'est aussi la manière de voir de Rolland de Villargues, *Rente viagère*, n. 66 ; de Merlin, *Rép.*, vis *Rente viagère*, n. 17 ; *Prescript.*, sect. III, § 2 ; de Vazeille, *Prescript.*, n. 366 ; de Dalloz, n. 24 ; de Zachariæ, § 390.

Duranton dit encore à l'occasion des contrats aléatoires, n. 184 : " Et si pendant trente ans il ne pouvait faire cette justification, ou si pendant le même temps il ne réclamait point d'arrérages, le droit de rente serait

[ARTICLE 1912.]

Lahaïe sur art. 1982 C. N. } *Hua.*—A la différence du droit d'usufruit, qui s'éteint par la mort civile (Art. 617 du Code civil).

Comme celui qui est privé de la vie civile perd la propriété de ses biens, et que sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers, ceux-ci auront seuls capacité pour recevoir les arrérages.

Merlin, R., v. rente viagère, n. 14.—Cet article, comme on le voit, ne dit pas à qui ce paiement doit être ainsi *continué.*

éteint par la prescription ; car toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans, sans qu'on puisse opposer à celui qui invoque la prescription, l'exception déduite de la mauvaise foi (art. 2262.)

" Les demandes successives que le créancier aurait formées pour réclamer les arrérages n'auraient pas même interrompu la prescription, attendu qu'une demande rejetée n'est point interruptive de prescription (art. 2247).

" Il faudrait le décider ainsi, encore qu'il se fût borné à former des demandes uniquement pour interrompre la prescription, ne pouvant pas obtenir le payement des arrérages, faute de pouvoir justifier de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée : ces demandes ayant été rejetées, ainsi qu'elles ont dû l'être, elles n'ont pu avoir pour effet d'interrompre la prescription." Op. conf. de Delvincourt, tome VIII in-8°, p. 375.

Dans le sens de la prescriptibilité, Toulouse, 23 janv. 1828.

Contrà : Metz, 18 avril 1819 ; Lyon, 5 avril 1824.

Quant aux arrérages, la prescription de cinq ans reçoit ici son application ; ainsi l'enseigne Duranton, n. 185, en ces termes : " Aux termes de l'art. 2277, les arrérages de rentes viagères, ou autres, se prescrivent par cinq ans ; par conséquent la demande qui comprendrait des arrérages échus depuis plus de cinq ans à l'époque où elle serait formée, serait non recevable quant à ces mêmes arrérages : elle ne vaudrait que pour ceux échus depuis moins de cinq ans.

" Et le code ne réserve pas au créancier, dans ce cas, comme dans ceux prévus à l'art. 2275, la faculté de déférer le serment au débiteur, pour qu'il ait à affirmer que les arrérages demandés ne sont plus dus : la prescription a un effet absolu."

Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, page 375 ; de Zachariæ, § 390. Voyez, sur la question, Troplong, *Prescription*, n. 1002.

Mais une distinction fort simple paraît devoir résoudre la difficulté qui résulte de son silence :

Ou il s'agit d'une rente viagère constituée pour alimens, ou il s'agit de toute autre rente viagère. Au premier cas, c'est au mort civilement que la rente doit être continuée pendant sa vie naturelle. Le mort civilement peut acquérir des pensions alimentaires : il peut donc à plus forte raison, conserver celles qu'il avait acquises avant sa mort civile.

Au second cas, la rente doit être continuée aux successeurs du mort civilement, à la charge de lui en remettre la portion nécessaire à sa subsistance. Delvincourt, t. 2, p. 271, not. 9; Boileux, A. Dalloz, même opinion.

Duranton, t. 18, n. 182.—Dans les contrats, les mots *de vie*, *de mort*, s'entendent de la vie et de la mort naturelle, et non de la mort civile, qui, étant un cas extrêmement rare, n'est pas venu à la pensée des contractans. Cette règle souffre cependant exception pour l'usufruit et le préciput. (Art. 617 et 1517).

Boileux.—Mais les héritiers ne pourraient, suivant nous, prétendre aucnn droit à la rente, si elle était constituée par testament. (Arg. des art. 1040 et 1043).

1913. Le créancier d'une rente viagère n'en peut demander le paiement qu'en justifiant de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée jusqu'à l'expiration du temps pour lequel il réclame les arrérages.

1913. The creditor of a life-rent on demanding payment on it must establish the existence of the person on whose life it is constituted, up to the time for which the arrears are claimed.

[ARTICLE 1913.]

* *C. N.* 1983. } Le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence, ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1910.

---

8 *Marcadé, sur art.* 1983 *C. N.* } I.—789. Nous avons vu que le payement des arrérages ne peut être exigé par le créancier qu'autant que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée vit encore. Ainsi l'existence de cette personne est la condition même du droit, et par conséquent il faut que le créancier rapporte au débiteur la preuve que cette personne vit et a vécu jusqu'à la fin du jour où il reçoit ses arrérages. Le créancier est donc tenu, si la rente a été établie sur sa tête de rapporter la preuve de son existence au débiteur qui peut très-bien ne pas le connaître personnellement ; et si elle a été placée sur la tête d'un tiers, il est tenu de justifier de la vie de ce tiers. En un seul cas il sera dispensé de faire la preuve : c'est le cas, très-rare du reste, où la rente serait constituée sur la tête du débiteur auquel les arrérages sont demandés.

La loi n'indique dans notre article aucun mode spécial pour faire cette justification : aussi décide-t-on généralement qu'il y a lieu de s'en rapporter à la prudence des juges pour apprécier les preuves de l'existence réelle du créancier ou de celui sur la tête de qui la rente est constituée (1). Mais habituellement c'est par un certificat de vie que le crédirentier prouve l'existence.

Quand il s'agit de rentes entre particuliers, la loi des 6-27 mars 1791, art. 11, attribue compétence pour délivrer ces certificats aux présidents des tribunaux de première instance

(1) Req., 18 juin 1817, (S.V., 17, 1, 288 ; C. n., 5, 1, 333 ; Dalloz, 18, 1, 409).

et aux maires; mais comme cette loi n'exige pas à peine de nullité que les certificats soient délivrés par les autorités qu'elle désigne, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient rédigés en la forme ordinaire des actes notariés.

Quand il s'agit des rentes viagères ou pensions dues par l'Etat, les décrets des 11 et 25 septembre 1806 et une ordonnance du 6 juin 1839 attribuent compétence exclusive à certains notaires certificateurs pour délivrer les certificats de vie dans des formes spéciales.

Nous ne croyons pas, du reste, que les certificats délivrés par ces notaires certificateurs et dressés en la forme prescrite par le décret précité soient sans valeur dans le cas de constitution de rente entre particuliers. La Cour de cassation a décidé cependant que le certificat de vie délivré par un notaire certificateur, seul et sans témoins, n'est pas valable, les notaires certificateurs ne pouvant délivrer seuls de certificat que lorsqu'il s'agit de rentes sur l'Etat (1). Mais il y a là, ce nous semble, excès de rigueur. Puisqu'en principe aucun mode n'est fixé par la loi pour faire preuve de l'existence du crédi-rentier quand il s'agit de rentes entre particuliers, on ne voit pas pourquoi le certificat d'un notaire certificateur ne serait pas susceptible de faire foi autant que celui du maire dont parle la loi de 1791, alors même qu'il ne serait pas dressé en la forme ordinaire des actes notariés.

En tout cas, lorsque le crédi-rentier veut procéder à des voies d'exécution, à une saisie, par exemple, il doit munir l'huissier d'un certificat en bonne et due forme, et le faire signifier avec le commandement, sans quoi la poursuite pourrait être déclarée nulle (2).

790. A défaut de justification dans les termes de notre article, la demande du créancier serait repoussée.

(1) Rej., 19 nov. 1817, (S.V., 18, 1, 85; C. n., 5, 1, 385; Dalloz, 17, 1, 567.)

(2) *Voy.* les arrêts précités des 18 juin et 19 nov. 1817. — *Junge:* Paris, 17 janv. 1840, (S.V., 40, 2, 53.) — *Voy.* aussi MM. Aubry et Rau (t. III, p. 423, note 3.)

Il suffit, du reste, que l'existence du créancier ou de celui sur la tête de qui la rente est constituée devienne incertaine pour que le débiteur soit en droit de se refuser au service de la rente : aussi s'accorde-t-on à reconnaître que le crédi-rentier ou ses représentants sont sous la règle de l'art. 135 du Code Napoléon. Dès lors, du jour où il y a présomption d'absence, le payement des arrérages est arrêté, il n'est pas nécessaire que le décès soit établi. Si l'état d'incertitude se prolonge pendant trente ans, la rente est éteinte ; et s'il dure moins de trente ans, le droit n'est pas éteint, mais les arrérages ne sont jamais dus que pour cinq années. Vainement le crédi-rentier aurait-il tous les cinq ans intenté une demande en payement pour interrompre la prescription et faire valoir son droit, en cas de retour de la personne : comme sa demande aurait été chaque fois non recevable, la prescription n'aurait été interrompue ni pour le droit lui-même, ni pour les arrérages (art. 2247.)

Lahaie sur art. 1983 C. N. } Doit-on, à peine de *nullité*, signifier *ab initio*, c'est-à-dire dans l'exploit introductif d'instance, le certificat de vie ? Non ; on le peut au cours de l'instance. D'ailleurs, le débiteur de la rente doit requérir cette production. Ainsi jugé. (Voir Pothier, qui dit en termes formels que le débiteur *de la rente doit requérir* la justification de l'existence.)

Pandectes françaises. — Les rentes viagère se prescrivent comme les perpétuelles, par trente ans, et il faut aussi s'en faire passer titre nouvel. La preuve du paiement des arrérages empêche la prescription.—Ces arrérages se prescrivent, comme les autres fruits civils, par cinq ans.

Delvincourt, t. 2, not. 7, p. 271.—Notre article ne se contente pas du rapport du titre pour justifier la demande du créancier. C'est qu'ici les parties ont fait dépendre l'exécution de l'obligation de l'existence d'une condition, la vie de telle personne : c'est donc à celui qui demande cette exécution à prouver que la condition existe.—D'ailleurs, si l'on ne

peut prouver l'existence de cette personne, elle est vraisemblablement absente, et l'absent est présumé mort. jusqu'à preuve contraire.

Si cet état d'incertitude se prolongeait pendant trente ans, la rente serait éteinte.

1914. [Lorsqu'un immeuble hypothéqué au paiement d'une rente viagère est vendu par décret forcé, ou autre procédure ayant le même effet, ou par acte volontaire suivi d'une confirmation de titre, les créanciers postérieurs ont droit de recevoir les deniers provenant de la vente en fournissant cautions suffisantes que la rente continuera d'être payée; et à défaut de telles cautions le crédi-rentier a droit de toucher, suivant l'ordre de son hypothèque, une somme égale à la valeur de la rente au temps de telle collocation.]

1914. [When an immoveable hypothecated for the payment of a life-rent is sold by a forced sale or other proceeding having the same effect, or by a voluntary sale followed by confirmation of title, the posterior creditors are entitled to receive the proceeds of the sale on giving sufficient security for the continued payment of the rent, and in default of such security being given, the creditor of the rent is collocated, according to the order of his hypothec, for a sum equal to the value of the rent at the time of collocation.]

1915. [La valeur de la rente viagère est estimée à un montant qui soit suffisant, au temps de la collocation, pour acquérir d'une compagnie d'assurance sur la vie une rente viagère de pareille somme.]

1915. [The value of a life-rent is estimated at the sum which, at the time of collocation, would be sufficient to purchase from a life-assurance company a life-annuity of like amount.]

[ARTICLE 1916.]

1916. Si le prix de l'immeuble se trouve au-dessous de la valeur estimée de cette rente viagère, le crédi-rentier a droit de toucher le prix, suivant l'ordre de son hypothèque, ou d'exiger que les créanciers postérieurs donnent cautions pour la prestation de sa rente jusqu'à concurrence des deniers qu'ils toucheront et des intérêts.

1916. If the price of the immoveable be less than the estimated value of the life-rent the creditor of it is entitled to receive such price, according to the order of his hypothec, or security from the posterior creditors for the payment of the rent until the price received by them and the interest is exhausted by such payments.

Contrà, Troplong, Hypothèques, n° 949 ; 1 Grenier, Hyp., n° 185.

---

* 3 *Delvincourt, p.* 419 *des notes et explications, note* 3. } *Quid*, si plusieurs héritages sont hypothéqués au service de la rente, et qu'ils soient vendus successivement, le rentier pourra-t-il demander à être colloqué dans chaque ordre pour une somme représentant le capital de sa rente au denier 20 ? La négative a été jugée par deux arrêts de la Cour de Paris, des 31 juillet 1813, et 20 avril 1814. (Sirey, 1815 ; 2e partie, page 270). Cette décision paroît en elle-même très-équitable au premier coup d'œil. Cependant on ne peut dissimuler qu'elle est contraire aux principes du droit, et notamment à l'art. 2161, qui ne permet pas aux Tribunaux de restreindre l'hypothèque conventionnelle. Si l'on suppose d'ailleurs que les héritages sont des maisons, ne peut-il pas se faire que la maison sur le prix de laquelle le rentier aura été colloqué, vienne à être détruite ou brûlée, et que le débiteur se trouve insolvable ? Quelle sera alors la sûreté du

rentier, qui s'en étoit cependant ménagé d'autres par le contrat ? Je pense donc que tout ce que l'on pourroit faire en faveur des créanciers postérieurs au rentier, ce seroit d'autoriser qu'ils fussent colloqués sur le prix intégral des maisons vendues en dernier lieu, en donnant caution de servir la rente, si la première collocation faite au profit du rentier, devenoit inutile.

---

5 *Bioche* (*Ed.* 1850), *Dict. de Proc.*, *p.* 313, *n°* 275. } Si l'intérêt produit par un capital est insuffisant pour le service d'une rente viagère, le rentier-viager a le droit d'exiger que l'on prenne annuellement sur ce capital pour assurer et compléter le service annuel de la rente. Metz, 15 nov. 1843, (art. 2680 J. Pr.)

---

10 *Bioche*, *Journal de procéd.*, *art.* 2680. *Arrêt de Metz*, 15 *nov.* 1843. } Au fond, sur la question de savoir si l'intérêt du capital qui reste disponible étant insuffisant pour servir la rente viagère due à ladite dame veuve N..., il y a lieu de prendre annuellement sur ledit capital pour assurer le service annuel de cette rente ; — Attendu que la rente annuelle de 3,000 fr. due à l'appelante, en vertu de l'acte public du 13 juin 1828, n'a point été constituée moyennant un capital déterminé ; qu'il est simplement énoncé audit acte qu'au moyen de ladite rente et des autres avantages qui lui sont faits, la dame veuve N... se trouve entièrement remplie de tous ses biens, droits et prétentions mobilières et immobilières, en propriété et en usufruit, tant dans la communauté qui a existé entre elle et son mari, que dans la succession de celui-ci ;—Attendu que si, dans l'inscription qu'elle a requise pour la conservation de son hypothèque sur le moulin neuf, le 18 oct. 1839, en renouvellement de celle de 1830, elle a évalué le capital de sa créance à 60,000 fr., elle n'a fait en cela que se conformer aux dispositions de l'art. 2148. § 4 du C. civ., sans entendre déroger à ses droits ; qu'au contraire, elle a immédiatement

après consigné cette énonciation dans ladite inscription : " pour sûreté du payement de laquelle rente viagère l'ins-" cription de l'hypothèque consentie par l'acte sus-énoncé est requise par privilége sur..."—Attendù que les droits de l'appelante sur le bien hypothéqué ont été conservés dans toute leur étendue par l'effet de ladite inscription ; qu'ainsi les créanciers hypothécaires sur ledit bien, postérieurs à l'appelante, ne peuvent exercer sur le prix aucun droit dont l'exercice tendrait à nuire à la créancière de la rente viagère et à l'empêcher de recevoir annuellement les arrérages de ladite rente qui, aux termes de l'art. 1979 C. civ. doit être servie pendant toute la vie de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée ; —Attendu que lesdits créanciers ne pouvant pas avoir plus de droits que leur débiteur, ils sont obligés, comme le serait celui ci, s'il n'existait pas de créancier, de souffrir sur le capital resté disponible le prélèvement annuel d'une somme nécessaire pour compléter le payement de la rente viagère ; —Attendu que ce prélèvement n'est pas une mesure seulement équitable, mais de rigoureuse justice ; car, s'il en était autrement, le crédit-rentier serait dépouillé au profit de créanciers postérieurs en hypothèque, qui cependant ont été avertis, aussi clairement que possible, que les biens de leur débiteur étaient déjà affectés au service d'une rente viagère de 3,000 fr. ;—Attendu que leurs plaintes ne seraient donc pas fondées, et que c'est le cas de faire droit à la prétention de l'appelante, en réformant le jugement dont est appel.

En ce qui touche les frais de première instance :—Attendu que les parties succombant respectivement sur quelques chefs de leurs conclusions, il y échet d'ordonner qu'ils seront employés en frais d'ordre ;—Mais qu'il en est autement des dépens d'appel, qui doivent rester à la charge des intimés ;

Sans s'arrêter à la fin de non-recevoir proposée contre la demande, laquelle est déclarée mal fondée, met l'appellation et ce dont appel au néant, en ce que le tribunal a réservé aux créanciers postérieurs à la veuve N..., le capital sur le-

quel celle-ci est colloquée ; émendant quant à ce, autorise ladite dame N... à prélever sur le capital libre la somme nécessaire pour compléter la rente annuelle qui lui est due ; dit que ce prélèvement s'exercera au besoin sur le capital qui deviendra libre par l'effet de l'extinction de la rente viagère due à P..., créancier antérieur.

---

* *Dalloz, Jurisp. du Royaume, v° Hypothèque, année* 1829, 2e *partie, p.* 258-9. *Arrêt C. de Bourges,* 25 *mai* 1827. } Lorsqu'il ne reste qu'un capital insuffisant pour servir les arrérages de la rente, chaque année l'on prélève sur le capital la somme nécessaire pour parfaire les arrérages ; de sorte que, le capital décroissant, les intérêts diminuent chaque année proportionnellement.

Ordonne qu'il sera fait compte de ce qui se trouve dû par Fauconneau-Dufresne à l'époque du 16 janvier 1822, date de la notification de son contrat d'acquisition, tant pour le prix principal, définitivement fixé à 38,000 fr., que pour les intérêts échus de cette somme ;— Qu'il sera imputé, sur le montant ainsi fixé de la dette de Fauconneau, le montant des créances colloquées en principaux, intérêts et tous accessoires légaux ;—Ordonne que, sur la somme restante, Fauconneau conservera entre ses mains celle de 24,000 fr., pour les intérêts être compensés avec sa pension viagère; et, dans le cas où la somme restante ne s'élèverait pas à 24,000 fr. ordonne qu'à partir dudit jour, 16 janvier 1822, il prélèvera, sur le capital, et ce, annuellement, la différence qui se trouvera entre les intérêts du capital par lui conservé, et les arrérages de sa pension viagère, duquel capital les intérêts diminueront à proportion de sa réduction.

1917. L'évaluation et le paiement de la rente viagère, dans tous les cas où le créancier a droit

1917. The estimation of the life-rent and its payment, in all cases in which the creditor is en-

d'en toucher la valeur, sont sujets aux règles contenues dans les articles qui précèdent, en autant qu'elles peuvent s'y appliquer.

titled to claim the value of it, are subject to the rules contained in the foregoing articles in so far as they can be made to apply.

TITRE TREIZIÈME.

DES TRANSACTIONS.

TITLE THIRTEENTH.

OF TRANSACTION.

Rapport de MM. les Commissaires. Ce titre contient neuf articles ; il diffère de celui du Code Napoléon seulement par l'omission de quelques articles qui se trouvent dans ce dernier ; ce sont : l'article 2046 qui est incompatible avec la défense de transiger sur félonie contenue dans notre loi criminelle, et les articles 2047, 2048, 2049, 2050, 2051 qui sont inutiles, n'étant que des règles d'interprétation communes à tous les contrats, et suffisamment exposées dans le titre : *Des Obligations.* Les autres articles correspondent aux autres articles du Code Napoléon.

L'article 1918 reproduit l'article 2044, C. N., avec l'addition d'une condition essentielle au contrat omise dans l'article du code, savoir : qu'il soit fait des concessions ou des réserves par l'une des parties contractantes, ou par les deux. Cette addition est justifiée par les autorités citées au bas de l'article. La dernière partie de l'article du code qui exige que la transaction soit rédigée par écrit n'est pas adoptée, mais on laisse les règles de la preuve exercer leur effet à l'égard de ce contrat, comme à l'égard de tous les autres.

L'article 1919 exprime la même règle que l'article 2045, C. N., mais ne le reproduit pas quant au détail des cas où elle est applicable. Les Commissaires ont pensé que cela est inutile. Ils ont aussi observé qu'en tant qu'il s'agit de l'incapacité des tuteurs pour transiger, la matière est réglée au titre *De la minorité, etc.*

[ARTICLE 1918.]

L'article 1920, de la même manière, reproduit la première partie de l'article 2052, en énonçant que la transaction a l'autorité de chose jugée : la seconde partie qui déclare que le contrat ne peut être mis de côté pour erreur de droit ou lésion est une extension de la règle contenue dans l'article suivant en ce qui regarde l'erreur de droit.

L'article 1921, qui coïncide avec le 2053e, C. N., énumère les causes pour lesquelles le contrat peut être annulé. Il n'y est pas fait mention de la lésion qui est laissée sous l'opération des règles générales suivant les amendements qui ont été recommandés dans le rapport sur le titre : *Des Obligations.*

L'article 1922 exprime l'ancien droit comme le nouveau, article 2054, C. N., et n'exige pas de remarques.

La loi ancienne n'admettait la nullité de la transaction sur pièces fausses qu'en autant que la transaction était bâsée sur telles pièces. Telle est la règle du droit romain. Le Code Napoléon, article 2055, a changé la règle en étendant cette nullité à toute la transaction. Les Commissaires ont estimé que la nouvelle règle est préférable à l'ancienne et l'ont fait adopter.

Les articles 1924, 1925, 1926 reproduisent les articles 2056, 2057, 2058, C. N., et n'ont pas besoin de commentaires.

1918. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent un procès déjà commencé, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de réserves faites par l'une des parties ou par toutes deux.

1918. Transaction is a contract by which the parties terminate a lawsuit already begun, or prevent future litigation by means of concessions or reservations made by one or both of them.

[ARTICLE 1918.]

* *C. N.* 2044. } La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

---

* *C. L.* 3038. } La transaction est une convention entre deux ou plusieurs personnes qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leurs différends de gré à gré, de la manière dont elles conviennent, et que chacune d'elles préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de perdre.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

---

* *Code Canton de Vaud*, *art.* 1525.—Semblable à *C. N.*, art. 2044.

---

* *ff. Liv.* 2, *Tit.* 15, *De transact.*, *L.* 1. } Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit : qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le pacte diffère de la transaction en ce que celui qui transige s'accommode sur une chose douteuse, incertaine, et qui n'est point décidée : au lieu que celui qui fait un pacte remet une dette qui lui est clairement due, par un esprit de libéralité. (ULPIEN).

---

* *Cod. Liv.* 2, *Tit.* 4, *De transact.*, *LL.* 1, 2, 38. } *L.* 1. Neque pactio neque transactio cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio cæteris est in iis quæ separatim communitterve gesserunt, vel gerere debuerunt. Cùm igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis.

Dat. calend. maii, Gentiano et Basso. Conss. 212. (IMP. ANTONINUS).

L. 2. Cùm te proponas cum sorore tuâ de hæreditate transegisse, et ideo certam pecuniam ei te debere cavisse : et si nulla fuisset quæstio hæreditatis, tamen propter timorem litis transactione interpositâ, pecunia rectè cauta intelligitur, ex quâ causâ si fisco solvisses, repetere non posses ; et si non solvisses, tamen jure convenireris.

PP. 3 id. aug. Antonino A IV et Balbino Conss. 214. (IMP. ANTONINUS).

L. 38. Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso, minimè procedit.

S. 8 calend. januar., Nicomediæ, cc. Conss. 294. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } *L.* 1. Une convention ou une transaction faite avec quelques-uns des tuteurs ou des curateurs ne peut profiter aux autres pour les biens qu'ils ont géré ou dû gérer séparément ou en commun : ainsi donc si vous avez trois curateurs, et que vous transigiez avec deux, vous pourrez toujours actionner le troisième.

Fait pendant les calend. de mai sous le consulat de Gentien et de Bassus. 212. (EMP. ANTONIN).

L. 2. Vous dites que vous avez transigé avec votre sœur sur une succession, et que vous lui avez garanti que vous lui deviez une somme déterminée, quoiqu'il n'y eût aucune question de succession ; cependant comme vous avez transigé dans la crainte d'un procès, la somme est valablement garantie ; c'est pourquoi si vous avez payé le fisc, vous ne pouvez rien répéter ; et si vous ne l'avez pas payé, vous pouvez être actionné pour le faire.

Fait le 3 des ides d'août sous le quatrième consulat de l'empereur Antonin et le premier de Balbinus. 214. (EMP. ANTONIN).

L. 38. Une transaction ne peut pas avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose.

Fait à Nicomédie, le 8 des calendes de janvier, sous le consulat des Césars. 294. (EMP. DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN).

[ARTICLE 1918.]

* 5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 765. } La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation déjà née, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions, de renonciations ou de réserves de la part de chacune d'elles (1), art. 2044.

Il faut donc, comme conditions essentielles de ce contrat :

1° Le consentement des parties (2). Ainsi, une transaction qui repose sur une erreur doit être considérée comme non avenue (3).

2° Il faut une contestation née ou à naître entre les parties. Une transaction sur un droit sans fondement *in jure vel in facto* doit donc être également considérée comme non avenue (4), V. art. 2054 à 2056. Toute transaction sur une contestation supposée par les parties dans le seul but de donner à un autre contrat la forme d'une transaction doit donc être considérée comme un contrat simulé (5). Néanmoins, il n'est pas indispensable que les parties aient des motifs sérieux pour considérer comme litigieux le droit sur lequel elles transigent (6).

(1) La transaction ne diffère de la remise de la dette et de la renonciation qu'en ce que les deux parties font un sacrifice réciproque, L. 38, C. *De transact.* ; Pigeau, 1, p. 2 et s. ; Duranton, 18, n. 391 et s. ; [Troplong, n. 18 et s. ;] V. aussi Delvincourt, sur l'art. 2044. (Massé et Vergé).

(2) [Mais le consentement des parties suffit pour donner la perfection au contrat : il n'est pas nécessaire qu'il y ait tradition de la chose convenue. Ce contrat est donc consensuel et non réel, Troplong, n. 15.] (Massé et Vergé).

(3) V. art. 2052 et *inf.*, § 769. (Massé et Vergé).

(4) Une pareille transaction est une obligation sans cause, Duranton, 18, n. 395 et s. ; c'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'une personne transige sur le dommage qui lui aurait été causé par un délit, qui se trouve ensuite n'avoir pas existé. (Massé et Vergé).

(5) Marbeau, *Traité des transactions*, n. 521 et s. ; V. *sup.*, § 33. (Massé et Vergé).

(6) *Sufficit metus litis instantis vel eventus dubius litis pendentis*, L. 65, § 1, Dig., *De conditione indebiti*. Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*. [La question de savoir s'il y a lieu de craindre un procès à naître, ou le ré-

3° Enfin il faut des obligations réciproquement contractées par les parties en vue de terminer la contestation (1).

La transaction rentre donc dans la catégorie des contrats synallagmatiques parfaits. Cependant il n'est pas nécessaire (2) que l'une des parties reçoive, conserve ou abandonne autant que l'autre (3), art. 2052, alin. 2, V. § 769.

La transaction est une sorte de jugement prononcé par les parties elles-mêmes (4), art. 2052, alin. 1 : *Transactio est instar rei judicatæ* (5). Cependant la transaction et le jugement diffèrent essentiellement sous le rapport des moyens et des motifs par lesquels ils peuvent être attaqués l'un et l'autre. V. art. 2052 et 2055 combinés avec l'art. 482 Pr. (6).

La transaction est judiciaire ou extrajudiciaire, selon qu'elle est conclue en justice ou extrajudiciairement. Toutefois, ces deux espèces de transactions sont régies par les mêmes principes.

---

* *Troplong, sur art.* 2044 *C. N. nº* 4 *et s.* } 4. La transaction peut se définir ainsi : un contrat synallagmatique par lequel le consentement des parties termine, moyennant quelqne chose que l'on promet, que l'on donne ou que l'on retient, une affaire douteuse ou un procès incertain (7). Cette définition ajoute à celle de notre article ; mais

sultat d'un procès pendant est une question de fait abandonnée aux tribunaux, Duranton, 18, n. 395 et s. ; Troplong, n. 5 et s.] (Massé et Vergé).

(1) [V. *sup.* note 1]. (Massé et Vergé.)

(2) Marbeau, n. 165 ; [Troplong, n. 4]. (Massé et Vergé.)

(3) [Troplong, n. 20]. (Massé et Vergé.)

(4) La transaction est, en quelque sorte, un jugement conventionnel sur procès né ou à naître, Marbeau, n. 20. (Massé et Vergé.)

(5) [V. *inf.*, § 768, n. 1]. (Massé et Vergé.)

(6) [V. *inf.*, § 768, notes 2 et s]. (Massé et Vergé.)

(7) Vinnius, c. I, n. 2 ; Urceolus, quæst. 2, n. 7.

Add. Voici la définition donnée par Marbeau, n. 18 : " Ainsi la transaction est un contrat du droit des gens, synallagmatique, non solennel, consensuel, commutatif, aléatoire, à titre onéreux, aliénatoire, censé fait

il le faut pour être exact. L'art. 2044 omet, en effet, un des caractères les plus saillants de la transaction, savoir : la

intuitu personæ, indivisible dans ses dispositions, et non sujet à rescision pour cause de lésion, ni pour cause d'erreur de droit."

Zachariæ dit, § 418 : " La transaction est un contrat synallagmatique parfait, par lequel les contractants, en renonçant chacun à une partie de leurs prétentions, ou en se faisant des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître."

La définition du code a aussi été critiquée par Duranton, n. 391, où il dit : " Cette définition n'est toutefois pas complète, selon nous, car il y a d'autres manières de prévenir une contestation ou d'en terminer une existante, et qui ne sont cependant pas des transactions proprement dites. En effet, le désistement qu'un demandeur donne de sa prétention, de son action, avec offre de payer tous les frais faits jusqu'alors, termine évidemment aussi le procès, et néanmoins ce n'est pas une véritable transaction ; aussi n'est-il point assujetti à l'acceptation du défendeur (*a*) ; tellement que les frais faits par celui-ci depuis la notification du désistement, resteraient à sa charge personnelle. L'acquiescement pur et simple que le défendeur donne à la demande formée contre lui termine pareillement le procès, et ce n'est cependant pas non plus une transaction proprement dite. Un tuteur peut bien, avec l'autorisation du conseil de famille, acquiescer à une demande formée contre le mineur (art. 464), tandis qu'il ne peut transiger valablement au nom de ce dernier qu'après y avoir aussi été autorisé par le conseil de famille, et, de plus, de l'avis de trois jurisconsultes, désignés par le procureur du roi, et la transaction n'est valable qu'autant qu'elle a été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du roi (art. 467). Les actes confirmatifs ou de ratification d'obligations contre lesquels la loi donnait à l'obligé l'action en nullité ou en rescision, ont aussi pour effet de prévenir un procès, par la renonciation à l'action en nullité, et ni le code ni la doctrine ne les confondent avec les transactions. Aussi faut-il, pour compléter la définition de cette dernière espèce d'acte, dire, avec les lois romaines et leurs interprètes, que la transaction est une convention par laquelle les parties terminent une contestation déjà née, ou préviennent une contestation à naître, par l'abandon fait par chacun

(*a*) A la différence du simple désistement de la procédure, qui a besoin d'être accepté par le défendeur, attendu que, n'empêchant point de renouveler la demande, ce dernier peut avoir intérêt à ce que la contestation soit jugée dès à présent. *Vide* les articles 402 et suivants du code de procédure.

chose donnée, retenue ou promise, l'*aliquo dato*, *vel retento*, *vel promisso*, sans lequel il n'y a pas de transaction (1). On est surpris que le code civil ait omis ce trait important qui se trouve rappelé avec un soin particulier dans presque toutes les anciennes définitions des interprètes et des docteurs (2). C'est Domat qui est la cause de cette imperfection. (3).

J'ai insisté, du reste, sur le consentement, afin de mieux distinguer la transaction de la chose jugée (4), qui est aussi une manière de terminer les procès, mais qui les termine d'autorité et non pas par un consentement réciproque (5).

Et quant à ce que j'ai dit, que ce consentement doit coïncider avec une mutuelle compensation *aliquo dato vel retento*, j'y reviens ici pour faire observer que la transaction ne doit pas être confondue avec le serment qui procède comme elle du consentement, mais qui termine le différend par la seule puissance de l'affirmation et sans rien donner ni promettre.

5. Toutes les affaires ne peuvent pas être la matière d'une transaction. On ne transigne que sur les affaires contestées

des contractants d'une partie de ses prétentions, ou par la promesse que l'un d'eux fait à l'autre de quelque chose pour avoir le droit entier et désormais incontesté : *Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minimè procedit.* (L. 38, C., *de transact.*) Au lieu que le désistement, l'acquiescement et l'acte de confirmation d'une obligation rescindable, ne supposent nullement ce sacrifice réciproque."

(1) L. 38, C., *de transact.* Favre, *Code*, IV, 3, 8.

(2) Favre sur la loi 1, D., *de transact.*: " *Si res dubia remittatur, nullo accepto vel rétento, pactum est, non transactio.*" Urceol., quæst. 2, n. 7, etc., etc.; Vinnius, c. I, n. 2 ; Doneau sur le Code, *de transact.*, c. I, n. 8.

(3) *Infrà*, n. 21.

(4) Vinnius, c. I, n. 2. D'après Doneau, *ad* tit. IV, lib. II, C., *de transact.*, n. 7. " Transactio (dit Cujas, *Paratitl.*, sur le Code, *de transact.*) *est pactio quâ lis* vel controversia et res aliqua dubia, perindè ac *judicato dirimitur....* Transactio refertur ad litem vel negotium ambiguum."

(5) L. 83, § 2, D., *de verb. oblig.*

et douteuses (1). Si le droit est certain, et qu'on en fasse le sacrifice, le contrat n'est plus une transaction (2); il est une vente ou une donation. C'est pourquoi il n'y a pas de vraie transaction dans l'accord que font les parties alors que leur procès a été jugé en dernier ressort (3). Les choses jugée,

(1) Ulp. *Quasi de re dubiâ et lite incertâ* (l. 1. D., *de transact.*). *infrà*, n. 62.

(2) Add. " Du reste, dit Zachariæ, § 418, le traité intervenu sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, peut, quoique inefficace comme transaction, valoir, selon les circonstances, comme simple renonciation.

" C'est en partant de cette idée que le législateur n'accorde l'action en nullité contre la transaction faite sur des pièces fausses, ou sur un différent décidé par un jugement passé en force de chose jugée, qu'autant que la partie qui attaque la transaction ignorait l'existence du jugement ou la fausseté des pièces (art. 2056)." Voy. aussi art. 2055 et 2057.

" De là encore, dit Duranton, n. 395, si, voulant vous faire donation de ma maison à l'égard de laquelle vous n'avez absolument aucune prétention à élever, je vous en fais l'abandon à titre de transaction, il est clair que ce n'est une transaction que *nomine tenus ;* en réalité, c'est une donation."

(3) Ulp., l. 7, D., *de transact.*; Paul, lib. I, sentent. 1.

Add. Op. conf. de Duranton, n. 395.

Rigal dit sur ce point, p. 65 et suiv. : " Que devrait-on décider, si les deux parties avaient eu, en transigeant, connaissance du jugement en dernier ressort qui avait statué sur leur différend ?

" Il faut distinguer si les deux parties sont instruites que l'une et l'autre connait le jugement, ou si l'une d'elles pense que l'autre l'ignore.

" Dans le premier cas, il faut décider qu'il n'y a pas, proprement dit, de transaction, puisque le droit des parties n'est pas incertain ni douteux pour aucune d'elles ; mais que cet acte d'accord est un engagement purement ordinaire, ou un abandon gratuit de l'une des parties à l'autre, de quelqu'un de ses droits ; n'importe qu'on lui ait donné ce non de *transaction ;* le nom ne fait rien à la chose, et ne change pas la nature de l'acte.

" Dans le second cas, il faut voir si la partie qui, connaissant le jugement, pensait que l'autre l'ignorait, avait dessein de la tromper, ou non.

" Si la partie qui, connaissant le jugement, pensait que l'autre l'ignorrait, n'avait pas dessein de tromper, il est manifeste que le jugement devait être en sa faveur, et qu'alors il voulait faire une gratification à la

qui est semblable à la vérité même, a montré de quel côté

partie contre, par l'acte qu'ils ont qualifié de transaction, mais qui, dans le fait, n'en est pas une, par le principe ci-dessus posé, mais bien un pur acte de générosité de la part de celui qui connait le jugement rendu en sa faveur. S'il en était autrement, c'est-à-dire que le jugement en dernier ressort fût contre lui, il ne pourrait qu'avoir l'intention de tromper, en abusant de l'ignorance où il pensait que l'autre était du jugement ; et comme il est certain que, dans ce cas, la transaction serait nulle, il est incontestable et hors de doute qu'elle le serait de même dans celui-ci, si l'autre partie n'avait cherché elle-même à tromper de son côté, en cachant à son adversaire la connaissance qu'elle avait aussi du jugement, pour profiter de sa duperie, ou pour user de représailles. Mais comme ici l'un et l'autre a cherché à frauder sa partie contre, en jouant du fin et en cherchant à abuser de sa confiance pour le porter à transiger, cette transaction doit, à mon avis, être exécutée, comme si l'affaire n'était pas encore définitivement jugée : ce serait tant pis pour celui qui pourrait ensuite avoir à se plaindre de cette transaction ; c'est la peine due à son mauvais dessein, puisqu'il cherchait lui-même à frustrer l'autre : *Nemo potest contra proprium factum venire ;* mais surtout : *Nemo turpitudinem suam allegans auditur ;* et la règle : *Fraus sua nemini patrocinari debet* n'est point applicable dans ce cas-ci, parce qu'elle est repoussée par la précédente, et par cette autre : *Qui ex suâ culpâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (l. 205, ff., *de reg. jur.*) *; volenti non fit injuria*, et de plus, *par pari refertur.*

“ Mais il faut remarquer qu'un pareil cas ne peut guère se présenter, s'il n'y a lieu, pour l'une et pour l'autre partie, à se plaindre du jugement, à moins de supposer que celui qui l'a obtenu tout à fait en sa faveur ne soit un stupide, ou, comme nous venons de le voir pour l'autre cas, qu'il veuille lui-même faire un acte de générosité ; mais alors, comme nous l'avons dit, il ne pourrait pas y avoir de dol de sa part : tout le dol se trouverait de l'autre côté, qui, par cela seul, rendrait indigne celui qui a voulu tromper de la gratification que l'autre a voulu lui faire, et, par conséquent, la gratification révocatoire. Mais dans le cas où il y a à se plaindre de part et d'autre (ce qui arrive assez souvent), alors la transaction ne peut tomber que *sur l'exécution.*”

Marbeau s'exprime comme suit, n. 166 et suiv. : “ Il y a plus : lorsqu'une partie consent à transiger sur un droit non douteux et qu'elle sait non douteux, la transaction, quoique destituée de cause à son égard, du moins en apparence, n'en doit pas moins être exécutée. C'est ce qui résulte clairement des dispositions des articles 2056 et 2057 du code civil;

était le droit ; elle a fait cesser les incertitudes ; l'œuvre du juge ne laisse plus de place à l'œuvre de la transaction.

et c'est ce qui a été jugé par la cour de cassation. (Voy. l'arrêt cité par Merlin, dans son *Répertoire de Jurisprudence*, v° *Transaction* p. 67).

" Aux termes de l'art. 2056, " la transaction sur un procès terminé " par un jugement passé en force de chose jugée, *dont les parties ou* " *l'une d'elles n'avaient point connaissance*, est nulle."

" D'où l'on induit naturellement, que la transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, *dont les parties avaient connaissance*, est valable.

" Cependant tout est jugé ; cependant celle des parties à laquelle le jugement est favorable a un droit acquis non douteux, incontestable. La transaction n'en est pas moins valable, contînt-elle de sa part renonciation pleine et entière à tous les droits qui résultaient à son profit du jugement en dernier ressort, et la raison en est facile à saisir: puisque la transaction a été consentie en pleine connaissance de cause, il faut, ou que la partie qui avait gagné son procès se soit crue obligée, sinon civilement, du moins naturellement envers l'autre partie ; ou qu'elle ait craint un procès toujours désagréable, toujours coûteux, et même toujours incertain, quelque bon qu'il soit ; ou bien qu'elle ait été déterminée par l'intérêt même de l'autre partie ; ou, enfin, par tout autre motif, qui, quel qu'il fût, a été regardée par elle comme l'équivalent du sacrifice qu'elle faisait, puisqu'elle a fait ce sacrifice en présence de titres qui pouvaient l'en dispenser. La volonté de transiger est constante ; il n'en faut pas davantage : il y a cause suffisante ; et d'ailleurs, comme je l'ai déjà dit, *voluit et volenti non fit injuria. Nullus etenim erit litium finis, si à transactionibus bonâ fide interpositis cœperit facilè discedi.* L. 10, C., *de trans.*

" L'article 2057, partant des mêmes principes, dit :

"... La transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il " serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit ; " c'est-à-dire qu'elle serait valable, quand même elle n'aurait eu qu'un objet sur lequel il serait constaté que l'une des parties n'avait aucun droit, si cela était constaté par des titres connus des parties au moment de la transaction.

" C'est donc avec raison, 1° qu'on a déclaré valables des transctions faites entre des acquéreurs de biens nationaux et les anciens propriétaires de ces mêmes biens (voy. Sirey, XIV, 1, 85), quoiqu'il fût incontestable que ces derniers n'avaient aucun droit sur ces biens ; et cela parce que les lois et les titres d'acquisition qui constataient qu'ils y avaient

Si cependant il y avait encore des doutes sur la valeur de la chose jugée, une transaction pourrait avoir lieu sans diffi-

perdu tout droit étaient parfaitement connus des parties contractantes au moment de la transaction ;

“ 2° Que la cour régulatrice a cassé, le 22 juillet 1811 (Sirey XII, 1, 41), un arrêt qui déclarait nulle, pour défaut de cause, une transaction faite entre un prêtre déporté et ses héritiers présomptifs, par cela seul que la loi du 22 fructidor an III garantissait à ces héritiers présomptifs la propriété incontestable des biens du déporté.

“ L'émigré, le prêtre déporté, n'avaient, aux yeux de la loi, nul droit sur leurs anciennes propriétés ; et cependant les transactions faites avec eux, à raison de ces mêmes propriétés, sont valables : elles ont une cause suffisante dans la volonté librement manifestée de celui qui a traité avec eux. Rien ne pouvait le contraindre à rendre des biens qu'il avait légalement acquis, ni à donner une indemnité quelconque aux anciens propriétaires... Mais, si des raisons de conscience et d'équité, si des considérations plus ou moins puissantes le déterminent à faire un sacrifice en faveur des anciens propriétaires dépouillés, aucune loi ne le lui défend, et la justice ne peut qu'applaudir à un pareil acte d'équité.

“ Il serait même à souhaiter que les lois encourageassent de semblables transactions, comme l'unique moyen praticable d'effacer de fait la différence que l'article 9 de la charte efface de droit entre les biens patrimoniaux et les biens nationaux ; différence si nuisible et à la circulation des propriétés, et à l'intérêt du fisc, et à la tranquillité de l'Etat, et à l'intérêt des possesseurs de ces biens eux-mêmes.

“ Je puis donc poser en principe que, lorsqu'une partie consent à transiger sur un droit non douteux, mais qu'elle sait non douteux, elle ne peut attaquer ensuite la transaction pour défaut de cause ; et c'est là, sans doute, ce qu'a voulu dire Delvincourt, lorsqu'il a prétendu (t. III, p. 481) que la transaction ne peut être attaquée pour défaut de cause, parce que le désir d'éviter un procès, dit ce professeur, est *toujours* regardé comme une cause suffisante. *Toujours* n'est pas le mot propre : le désir d'éviter un procès (*timor litis*) n'est une cause suffisante que lorsqu'il est certain que la partie l'a réellement entendu ainsi.

“ Il faut remarquer seulement que, dans tous les cas où la transaction a été faite, malgré l'existence de titres ou jugements irréfragables, connus des parties, la simulation se présume facilement, et que tous ceux qui ont un intérêt né et actuel à critiquer cet acte simulé doivent y être admis très-facilement ; qu'ainsi l'héritier à réserve, par exemple, peut soutenir que la transaction n'est qu'une libéralité déguisée, et en de-

culté. *Si hoc ipsum incertum sit*, dit le président Favre, *an sententia valeat*, *transactio valebit* (1).

C'est ainsi que l'on transige tous les jours sur les procès déférés à la cour de cassation par des pourvois qui mettent en question la validité des décisions souveraines (2).

mander la réduction jusqu'à concurrence de la quotité disponible ; qu'un héritier peut également exiger que son cohéritier rapporte à la succession tout ce qu'il a reçu par suite d'une semblable transaction, parce que la loi l'oblige à rapporter tout ce qu'il a reçu du défuut directement ou *indirectement* (art. 843).

(1) Sur la loi 7, D., *de transact.*, d'après la loi 23, § 1, D., *de cond. indeb.*

(2) Arg. de la loi 11, D., *de transact.* ; l. 32, C., *de transact.* Favre, *Code*, II, 4, 5. *Infrà*, n. 155.

Add. Op. conf. de Zachariæ, § 418 ; de Rigal p. 67.

Marbeau dit, n. 135 : " Si le jugement en dernier ressort était sujet au recours en cassation,la transaction serait-elle valable ? Il faut distinguer : si le jugement *était connu des parties* la transaction ne peut être attaquée, c'est ce que décide aussi l'arrêt que je viens de citer, et c'est ce qui me semble résulter clairement des termes de l'art. 2056. Mais, si le jugement était *ignoré des parties*, ou seulement de celle des parties qui avait gagné son procès,la transaction serait nulle, parce que " le pourvoi " en cassation n'empêche pas qu'il n'y ait un droit acquis, un droit dont " l'exécution n'est pas suspendue." (Voyez l'*Exposé des motifs* de Bigot-Préameneu.)

" Delvincourt parait ne pas admettre cette distinction... " Si le juge- " ment n'était pas susceptible, dit-il (t. III, p. 478, la transaction serait " nulle, quand même les parties ou l'une d'elles soutiendrait qu'il y avait " lieu à cassation. Et en effet, continue-t-il, qui jugerait la contesta- " tion ? La demande en nullité de la transaction doit, d'après les règles " de la procédure, être portée d'abord au tribunal de première instance : " il faudrait donc que ce tribunal examinât si un arrêt, par exemple, est " ou non susceptible d'être cassé ? ce qui est contre toutes les règles de " la hiérarchie judiciaire."

" Cette observation serait très-juste si elle ne s'appliquait qu'au cas où la transaction aurait été conclue *dans l'ignorance du jugement* qui avait décidé la contestation en dernier ressort. La partie condamnée aurait beau dire : "*Je me serais pourvue en cassation*; " l'autre partie répondrait *que le pourvoi n'aurait pas été admis* ; et il est clair qu'aucun tri-

bunal, aucune cour royale même ne serait compétente pour décider *si le pourvoi aurait dû être admis ou rejeté*...Mais, lorsque les parties, *en pleine connaissance de cause*, transigent, soit avant, soit après le pourvoi, quelque douteux que pût en être le succès, la transaction doit être exécutée, et le tribunal devant lequel on l'attaque n'a pas à examiner s'il y avait eu ou non pourvoi, si le pourvoi était ou non valable, fondé ou non ; la transaction, sciemment et volontairement consentie, par des parties maîtresses de leurs droits, décide tout cela. Le tribunal n'a plus à prononcer que sur une simple question de fait : Au moment de la transaction, les parties ou la partie plaignante avaient-elles connaissance du jugement en dernier ressort ? Si elles en avaient connaissance, il y a lieu d'appliquer l'art. 2056 du code civil, qui décide que dans ce cas la transaction est valable."

Rigal s'exprime ainsi, p. 70 : "J'ai dit aussi que la transaction faite sur un procès terminé par un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose souverainement jugée, connu de toutes les parties, mais susceptible du pourvoi en cassation, était valable, pourvu que ce soit *en vue* d'éviter ce pourvoi et l'inconvénient très-grave qui peut résulter de ce pourvoi. Car autrement, suivant toutes les règles que nous avons déjà tracées et plusieurs fois répétées, ce ne sera plus une transaction, mais un acte ordinaire d'engagement, ou de dégagement d'obligation de l'une des parties à l'égard de l'autre, puisque les droits ne seraient plus incertains d'après le jugement en dernier ressort, dont le pourvoi ne suspend point l'exécution, et que d'ailleurs, n'ayant pas été du tout question de ce pourvoi dans la transaction, elle est nécessairement sans valeur à cet égard ; ou bien ce pourra être une transaction faite *sur l'exécution du jugement*, parce que encore il y a intérêt à éviter les difficultés qui pourraient s'élever à raison de cette même exécution.

" Voici au surplus ce que prononce un arrêt de la cour de cassation, du 16 germinal an XIII, qui se trouve dans le bulletin civil de cette cour, sur les deux questions que nous venons de proposer séparément, mais qui se trouvent réunies dans la cause.

" Par jugement du 6 germinal an IX, Antoine Lamothe avait fait con-
" damner Claude Bourgeois, son fermier, à lui payer 472 francs pour
" prix de trois termes échus, et avait ensuite fait saisir ses meubles, et
" *fait signifier le jugement.*

" Le 11 du même mois, Bourgeois avait formé, au tribunal de com-
" merce, demande à Lamothe d'une somme de 280 francs, pour vente de
" bœufs, dont celui-ci voulait que l'imputation fût faite sur ce que lui
" devait Bourgeois : cette demande n'avait pas été suivie.

" Le 23 floréal de la même année, transaction notariée sur les deux

" instances, par laquelle Bourgeois consent la résiliation du bail, pro-
" met payer à Lamothe 50 francs, au moyen de quoi toutes instances
" demeureront assoupies, et les parties quittes de toutes répétitions.

" Malgré cet acte, Lamothe poursuit la vente des effets saisis; Bour-
" geois s'y oppose, fondé sur la transaction; et Lamothe insiste sur ce
" que la transaction était nulle, comme intervenue sur un procès jugé
" en dernier ressort, et, comme telle, frauduleuse et sans cause.

" Sur cette contestation, jugement du tribunal civil d'Autun, en date
" du 2 thermidor, qui déclare la transaction nulle, et ordonne que les
" exécutions seront continuées.

" Bourgeois demande la cassation de ce jugement pour contravention
" aux lois qui assurent l'exécution des transactions, et fait voir que La-
" mothe avait intérêt de transiger, au moins pour obtenir la résiliation
" du bail ; que d'ailleurs le jugement du 6 germinal n'était pas à l'abri
" de la cassation, et qu'on ne pouvait pas dire que les parties ignorassent
" le vrai état de la contestation, puisque Bourgeois avait reçu de la part
" de Lamothe signification du jugement du 6 germinal. La veuve La-
" mothe soutenait, au contraire, que, d'après la disposition de l'art. 5 du
" titre XXVII de l'ordonnance de 1667, la faculté du pourvoi en cassa-
" tion n'ôte pas aux jugements en dernier ressort l'autorité de la chose
" jugée ; que la transaction ne faisait pas mention du dessein où Bour-
" geois était de se pourvoir, et qu'ainsi elle était frauduleuse, comme
" obtenue de Lamothe dans une hypothèse où il n'avait aucun danger
" à courir."

" L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

" Sur quoi, ouï le rapport de M. Brillat-Savarin ; vu les lois et l'édit
" d'avril 1560, qui ordonne l'exécution des transactions ; attendu que
" le *jugement du* 6 *germinal an* IX *avait été signifié à Bourgeois de la*
" *part de Lamtohe*, et que *chacune des parties connaissait au vrai l'état*
" *de la contestation ;* que dans l'état où elles se trouvaient, elles pou-
" vaient encore transiger sur la résiliation du bail et *l'exécution du juge-*
" *ment ;* qu'enfin, les juges d'Autun n'ont ni précisé les circonstances de
" fraude, ni affirmé positivement que la transaction dont il s'agit en fût
" la suite ; la cour casse et annule..."

" Comme l'on voit, si cet arrêt ne préjuge rien *in terminis* sur la question relative au cas du pourvoi en cassation, dont le jugement en dernier ressort pourrait être l'objet, cependant il la décide implicitement, d'après les termes de son considérant, en disant que le jugement en dernier ressort, à la suite duquel on avait transigé sur la contestation à laquelle il avait mis fin, avait été signifié à Bourgeois de la part de Lamothe, et que *chacune des parties connaissait au vrai l'état de la contestation ;* et en-

A plus forte raison n'y aurait-il pas de doute sur la légitimité de la transaction alors qu'il y a lieu à appel (1).

Mais, dans tous les autres cas où la chose jugée a acquis son dernier progrès par l'affranchissement de tout recours ultérieur, le traité ne saurait porter le nom de transaction. Les parties sont, sans doute, maîtresses de renoncer, de donner ; mais elles ne transigent pas, elles font autre chose qu'une transaction. C'est cette idée qu'Ulpien a exprimée dans la loi 1, D., *de transact.* : " *Qui transigit, quasi de re* " *dubiâ et lite incertâ, neque finitâ transigit ; qui vero pacis-* " *citur, donationis causâ, rem certam et indubitatam liberali-* " *tate remittit* (2)."

6. Pour que l'incertitude de l'affaire soit manifeste, il n'est pas nécessaire qu'un procès ait éclaté (3). Il suffit que le procès soit possible et qu'on conçoive à cet égard une crainte

suite en disant qu'elles pouvaient encore transiger sur l'*exécution du jugement ;* ce qui veut bien dire, en propres termes, qu'on peut transiger malgré le jugement en dernier ressort, tant qu'on a intérêt à le faire pour mettre fin à toutes les contestations que l'on peut avoir actuellement, ou pour prévenir celles qui pourraient avoir lieu en conséquence du jugement en dernier ressort ; et comme ce jugement en dernier ressort, ou qui a la force de la chose jugée, est, ainsi que nous l'avons dit et qu'il est à la portée de tout le monde de le savoir, sujet à en élever, et des plus graves, tant qu'il n'est pas exempt du pourvoi, il est manifeste et hors de doute que la cour de cassation a jugé la question absolument dans notre sens."

(1) Lois précitées.

(2) Voy. *infrà*, nos 155, 156 et 157.

(3) Add. *Jurisprudence.*— Il n'est pas nécessaire que le droit sur lequel on transige soit né actuellement ; on peut valablement transiger sur des droits éventuels, ne devant s'ouvrir qu'après la transaction. Rej. 31 décembre 1835 (S.-V., XXXVI, 1, 189 ; D. P., XXXVI, 1, 324).

—Doit être considérée comme transaction, bien que cette qualification ne lui ait pas été donnée par les parties, l'arrêté de compte par lequel deux associés ont déclaré " qu'au moyen de ce compte ils se tenaient respectivement quittes, sans pouvoir, en aucun cas et sous quelque prétexte que ce soit, revenir sur l'arrêté de compte, renonçant même à en

réelle (1). La transaction le prévient par ses amiables accords. Elle est encore plus salutaire et plus utile quand elle

demander la révision pour quelque cause que ce soit." Rej., 21 novembre 1832 (S.-V., XXXIII, 1, 95 ; D. P., XXXIII, 1, 6).

—Il en est de même du pacte de famille fait entre une mère et ses enfants, par lequel celle-ci leur abandonne la nue propriété de ses biens et reçoit en échange l'usufruit de tous ceux qui composent la succession de son mari. Ce n'est point là une démission de biens révocable. Paris, 24 nivôse an XIII (Sirey, VII, 2, 892 ; C. n. 2.)

—De même lorsqu'un locataire est convenu avec son propriétaire de faire (à valoir sur ses loyers) des réparations pour une somme déterminée, l'acte par lequel le propriétaire, après examen, vérification et réduction d'un compte plus élevé, déclare reconnaître que les réparations convenues ont été faites, et en tient quitte son locataire, a le caractère de transaction plus que d'un compte réglé avec un mandataire. En conséquence le propriétaire ne peut plus revenir contre son acte, et demander aucune justification des impenses ou déboursés. Cass., 7 juillet 1812 (Sirey, XIII, 1, 80 ; C. n. 4 ; D. A., III, 630).

—Mais n'a pas le caractère de transaction l'acte par lequel l'adjudicataire des biens d'un failli, pour empêcher une surenchère, s'oblige envers une personne non créancière de la faillite à porter son prix à un taux plus élevé. Rej., 6 mai 1840 (S.-V-, XL, 1, 649; D. P., XL, 1, 200; *Jour. du Palais*, XL, 2, 655).

(1) L. 65, § 1, D., *de condict. indeb.*

Add. *Jurisprudence.*—La transaction sur un testament vicié de nullité doit recevoir son exécution sans qu'il soit nécessaire de prouver que les parties contractantes ont pris inspection du testament. Liége, 14 mars 1812, Nettekoven contre Munch (*Arr. not.*, VIII, 1, 475).

—Une transaction générale qui termine divers procès est valable, bien qu'une des parties ait cédé, comme litigieux, des biens considérables qui sont prouvés ensuite lui appartenir en vertu d'une transaction antérieure, qu'on a paru ignorer lors de l'arrangement définitif. On peut aussi céder par transaction des biens adjugés en dernier ressort, mais relativement auxquels il y a contrariété d'arrêts. Liége, 30 juillet 1807 (*Déc. not.*, XII, 252).

—La cause réelle d'une donation faite par deux frères à un troisième peut résulter des liens de proche parenté qui les unissent, du respect pour leur mère, qui les engageait à la faire pour rétablir l'équilibre entre eux. Cass. de Belgique, 27 juin 1839 (*Bull. et J.*, 1839, 389).

va au-devant des débats judiciaires que lorsqu'elle termine ceux qui ont commencé (1).

Ici du reste, la crainte n'est pas prise dans le sens de l'article 1112 du code civil. Il ne s'agit pas de cette crainte qui trouble la volonté et altère le consentement par un vice radical. C'est la crainte prudente de l'homme qui juge de sang-froid et sait apprécier ce qu'il y a de fort et de faible dans une prétention.

Aux juges du fait appartient le pouvoir d'apprécier les circonstances d'où peut découler la preuve que la crainte d'une contestation existait. S'ils aperçoivent que les parties ont simulé une crainte apparente sur un droit qui n'était pas susceptible de contestation, ils n'hésiteront pas à enlever au contrat la dénomination trompeuse de transaction.

Du reste, ce n'est pas sans de graves motifs qu'ils se détermineront à déclarer le droit tellement certain qu'il ne pouvait faire l'objet d'une transaction (2). Il faut se mettre au point de vue des parties ; il faut faire la part de leurs passions, de leurs erreurs ; il faut se rappeler que la raison humaine est tellement faite, que bien souvent ce qui est certain en soi paraît douteux à bon nombre d'esprits prévenus. *Plùs est in opinione quàm in veritate*, a dit avec une haute sagesse un texte du droit romain (3). Le juge n'oubliera pas cette maxime ; il recherchera moins le droit en lui-même que l'opinion que les parties en ont eue (4).

Cette remarque est importante ; elle a été perdue de vue plus d'une fois par des esprits trop enclins à oublier le caractère des transactions (5).

(1) Favre, sur la loi 1, D., *de transact.*

(2) Duranton, t. XVIII, nos 395 et 398 ; Zachariæ, t. III, p. 137, note 2 ; Championnière et Rigaud, t. I, n. 674.

(3) L. 15, D., *de acq. rer. dom.*

(4) Hervé, *Matières féodales*, t. III, p. 133.

(5) Add. Zachariæ dit, § 415 : " Une transaction faite sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, ou sur des prétentions évidemment dénuées de toute espèce de fondement, doit être considérée

6. 2º (1).

7. Ceci nous conduit à l'examen de la question de savoir si la transaction est un titre translatif ou un titre déclaratif.

comme dépourvue de cause, et par suite comme non avenue. Mais la crainte raisonnable d'un procès non encore engagé, ou le moindre doute sur l'issue d'un procès déjà entamé, suffit pour servir de cause à une transaction, quoique les parties n'aient pas eu de motifs suffisants pour croire que les prétentions, ou les droits de l'une d'elles, pourraient être poursuivis ou contestés avec quelque espoir de succès."

Duranton dit, n. 396 : " Mais, ainsi que l'a dit l'orateur du gouvernement en présentant le projet de loi au corps législatif, comme il n'était pas possible d'établir des règles précises sur le point de savoir si l'objet sur lequel les parties ont traité était ou non la matière d'un litige sérieux, tout, à cet égard, est subordonné aux circonstances de fait propres à chaque affaire ; la loi n'a pu que s'en rapporter à la conscience et à la sagesse des juges pour décider si, dans tel cas, il y avait matière à contestation relativement à l'objet ou au droit sur lequel on a transigé. Quelle que soit donc leur décision sur ce point, dès qu'ils ont apprécié des faits, interprété des actes, leur jugement peut bien être réformé en appel, comme un *mal jugé*, mais généralement il est à l'abri de la censure de la cour de cassation, ainsi que l'a jugé cette cour par son arrêt du 7 février 1809." Voy. *infrà*, n. 28 3º.

(1) Add. *Une donation faite sous la couleur d'une transaction n'est toutefois pas nulle. Effets d'un tel acte.*—Ainsi l'enseigne Duranton, n. 397, où il dit : " Au surplus, comme d'après la jurisprudence constante de la même cour (cassation), les actes ont généralement les effets que les parties ont voulu leur donner, lorsqu'ils ne sont d'ailleurs point faits en contravention aux dispositions de la loi, il faut tirer de là la conséquence que la donation cachée sous le nom de transaction ne serait pas nulle pour inobservation des formalités prescrites pour les actes portant donation, pourvu que celui qui aurait été ainsi gratifié fût capable de recevoir du donateur ; et s'il y avait excès du disponible, il y aurait seulement matière à une action en réduction. Il y aurait lieu aussi au rapport à succession, si la partie avantagée devenait héritière, même bénéficiaire, de celui qui aurait procuré l'avantage, conformément à l'art. 843. Il est aussi bien de la substance d'un contrat de vente qu'il y ait un prix, qu'il est de l'essence d'une transaction d'intervenir sur un droit douteux ; et néanmoins la cour suprême, ainsi que nous l'avons dit si souvent aux titres *des Donations, des Contrats* et *des Obligations conventionnelles*, et à celui *de la Vente*, maintient comme donations, et

Ce qui peut occasionner du doute, c'est que la transaction est considéré, sous beaucoup de rapports, comme une aliénation. *Qui transigit alienat* (1). Et, en effet, celui qui renonce à son droit, après avoir soutenu qu'il était fondé, fait un sacrifice ; à son égard le contrat peut prendre la couleur d'une aliénation. Mais l'autre partie en faveur de laquelle est faite la renonciation, et qui se prétendait également fondée en droit, n'entend pas qu'une aliénation soit faite à son profit. A ses yeux, on ne fait que lui laisser ce qui lui appartient, et reconnaître la justice de sa contestation.

Dans cet état de choses, que fait la loi ? Elle ne se permet pas de juger les prétentions respectives ; elle écarte tout débat ultérieur sur un contrat qui a eu pour but de mettre fin aux débats des parties (2). Elle aime mieux supposer que chacun n'a fait que se rendre une justice volontaire et s'incliner devant la vérité.

En principe donc, et par sa nature, la transaction est pure-

dans la mesure du disponible, l'acte qualifié vente, quoiqu'il n'y ait eu en réalité aucun prix, pourvu que le prétendu acheteur fût capable de recevoir du prétendu vendeur. L'objection tirée de ce que l'acte est nul comme donation pour défaut de formes, et nul comme vente pour défaut de prix, n'a fait aucune impression sur l'esprit de cette cour ; or il en doit être ainsi du cas où l'acte, au lieu d'avoir été qualifié de vente, a été qualifié de transaction, puisque la raison est absolument la même."

Op. conf. de Marbeau, n. 147. Il dit en termes généraux, n. 139 et 140 : " La simulation, dans tous ces cas, n'est point, par elle-même, une cause de nullité. La loi ne la réprouve que lorsqu'elle est faite en fraude de ses dispositions ou des droits des tiers.

" L'acte faussement décoré du nom de transaction vaut donc, mais pour ce qu'il est réellement, et non comme transaction, parce qu'il est de règle que pour déterminer les effets des actes, c'est ce qu'ils contiennent qu'on doit considérer, et non la qualification qu'il plaît aux parties de leur donner : *Plus valere quod agitur quam quod simulatè concipitur.*"

(1) Argum. de l'art. 2045.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Partage*, § 11.

ment déclarative ; elle reconnaît le droit préexistant et ne le crée pas (1).

(1) Add. *Jurisprudence.*— La transaction est-elle déclarative ou attributive du droit des parties ? (*Jur. de B.*, 1817, 1, 18).

C'est surtout en matière fiscale que la question a été débattue. Championnière et Rigaud, t. I, n. 675-678, disent à ce sujet : " Quoiqu'il y eût divergence entre les auteurs et que plusieurs n'accordassent au seigneur aucune espèce de preuve, dans certains cas le plus grand nombre lui reconnaissent le droit de prouver la fraude commise à son égard au moyen d'une transaction feinte. Mais tous limitaient ce droit à l'examen de ce point : la transaction est-elle feinte ou rélle ? On ne lui permettait point de rechercher laquelle des deux parties aurait pu gagner son procès, s'il eût été jugé par les tribunaux.

" Merlin a fait connaître énergiquement l'esprit de la loi fiscale sur ce point : " La loi, dit-il (v° *Partage*, § 2), ne voit dans la transaction sur " des droits immobiliers, que la fin d'un procès douteux. Elle ne permet " pas de peser les prétentions dont les parties ont fait respectivement le " sacrifice ; elle ne se permet pas de dire : *Telle prétention était fondée,* " *et en y renonçant, celui qui la formait en a aliéné l'objet.* La transac- " tion est pour elle un voile sacré, elle le respecte religieusement et ne " souffre pas qu'on le soulève."

" Quelque respectable que soit ce voile, la loi ne va pas, sans doute, jusqu'à permettre aux parties de s'en servir pour cacher des dispositions frauduleuses ; il est donc incontestable que la régie pourra prouver la simulation ; ainsi tous les auteurs enseignaient " qu'il est naturel de pré- " sumer la fraude et une vente simulée, lorsque l'argent qui a été donné " égale ou à peu près la valeur de l'héritage."

" Il ne faut pas perdre de vue que la chose à prouver n'est pas le droit de telle ou telle partie, mais seulement la certitude de ce droit, et l'impossibilité de le contester raisonnablement. " S'il paraissait évidemment " *par l'acte*, dit Guyot, *des Lods*, ch. X, n. 4, que celui qui est demeuré " en possession n'avait aucun titre, ou que son titre fût précaire ou vio- " lent, alors la preuve de la fraude serait complète."

" Le seigneur, dit Fonmaur, n. 418, peut exciper *des clauses de l'acte* " qui prouvent la propriété du contendant."

" On présume naturellement, dit Hervé, t. III, p. 133, qu'il y a une " véritable vente déguisée sous le nom de transaction, si le seigneur fait " voir que les parties ont imaginé des moyens illusoires pour se mettre " en état de faire une feinte transaction au lieu d'une vente."

" L'administration aura fait toute la preuve qu'on peut exiger d'elle

8. Cependant elle peut être quelquefois translative de propriété : c'est lorsque le véritable propriétaire abandonne une partie d'un droit certain moyennant la concession que lui fait le contrat. Mais (notons-le bien) dans ce cas le titre participe de la vente, et la partie à qui est fait un avantage possède *pro emptore* (1).

C'est ce qui fait dire à d'Argentré : " Fuit hic titulus haud " dubiè translativus ; nec hæc propriè transactiones sunt ; " protinùs emptiones esse putandæ sunt (2)." C'était aussi la pensée de Dumoulin (3), et il faut tenir pour exagérée l'opinion de Tiraqueau (4) et autres (5) qui ont cru que la transaction est toujours translative. La vérité est, au contraire, qu'elle n'est translative qu'autant qu'elle renferme l'abandon d'un droit certain ; cette circonstance la fait alors incliner vers la catégorie de la vente. Mais par sa nature elle est déclarative ; elle ne constitue pas un nouveau titre ; elle ne fait que certifier le droit précédemment douteux ; elle ne fait qu'écarter la controverse qui obscurcissait ce droit.

lorsqu'elle aura établi qu'il ne pouvait exister de doutes sur les droits des parties ; la transaction se trouvera sans autre cause que la volonté de transmettre.

" Mais à quel signe reconnaîtra-t-on le doute suffisant pour fonder une véritable transaction ? " Il sera toujours facile aux juges, disait l'orateur " du gouvernement, de vérifier si l'objet de l'acte était susceptible de " doute ; il n'y avait point, pour une pareille vérification, de règles géné- " rales à établir." La difficulté d'en établir était grande ; les anciens auteurs se sont vainement efforcés d'en tracer.

" Pour que les droits soient douteux, il ne suffit pas qu'ils soient contestés. *Propter nostrum affirmare, vel negare, nil mutatur in re.* Cependant s'ils étaient sérieusement et véritablement mis en doute, les juges devraient examiner si la contestation n'était pas tellement dénuée de fondement que le prétendant n'eût aucune chance de succès."

(1) Mon *Comm. de la Prescript.*, n. 882.

(2) Sur Bretagne, art. 265, ch. III.

(3) § 33, glose 1, n. 67.

(4) *De Retract. gentil.*, § 1, glose 14, n. 16.

(5) Fonmaur, n. 414.

“*Est sola liberatio controversiæ*,” pour employer les paroles de Dumoulin (1).

9. Mais comment discerner les différents cas où la transaction est translative, et ceux où elle n'est que déclarative ? Par sa nature, la transaction est *de re dubiâ*. Or, comment affirmer, en présence de cette incertitude, inséparable de toute transaction, et essentielle même dans ce contrat ; comment affirmer, disons-nous, que l'une des parties s'est véritablement dépouillée de ce qui lui appartenait certainement ? N'est-il pas plus vraisemblable que celui qui est investi de la chose par l'effet de la transaction la possède désormais au titre dont il s'était prévalu avant la transaction ? N'est-il pas censé avoir acquis le désistement d'un procès sur une chose, plutôt que la chose même (2) ? “*Transactio*, dit d'Argentré, *litem et ambiguitatem dirimit ; sed materiam primariam juris non generat et subjectum à se non habet, sed aliundè mutuatur* (3).” Nous disons donc que la couleur déclarative de la transaction est celle qui doit naturellement dominer ; il faut les preuves les plus claires et les plus imposantes pour voir dans la transaction une translation de propriété. Il ne faut pas facilement supposer qu'un contrat qui est *de re dubiâ* aura eu pour objet une chose certaine ; il ne faut pas croire que les parties ont voulu s'écarter de la nature des choses et donner un faux nom à leur convention.

10. Il peut arriver cependant que, dans une transaction, l'une des parties donne à l'autre pour prix de sa renonciation une chose qui n'était pas la matière de la contestation. Par exemple : Pierre intente contre Paul une action en désistement de l'immeuble A, et Paul, pour le déterminer à faire cesser le procès, lui donne un arpent de pré situé dans un ar-

(1) *Junge* Championnière et Rigaud, t. I, n. 598.

Deluca dit très-bien : *Id quod transigens obtinet, non dicitur obtinere jure novo, sed jure primævo.*” (*De Feudis*, disc. 47, n. 9, et *de Regalib.*, disc. 93, n. 9).

(2) Pothier, *Communauté*, n. 164.

(3) P. 1020, cod. 2, n. 6.

rondissement voisin. Dans ce cas, il est bien évident que Paul a aliéné cet arpent de pré, et que Pierre l'a reçu à titre d'équivalent de sa renonciation. Sous ce rapport la transaction est translative. Mais elle n'est pas translative de l'immeuble qui faisait la matière du procès. A cet égard elle n'est que déclarative ; elle ne donne à Paul aucun droit nouveau (1).

11. Ces distinctions éclaircissent la question de la garantie en matière de transaction (2).

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Transaction.*

(2) Voet, *de Evictionib.*, n. 10 ; Pothier, *Vente*, n°s 646 et 647 (Add. Que suit Marbeau, n. 175) ; Championnière et Rigaud, n. 602.

Add. Où ils disent : " Les jurisconsultes qui voyaient dans la transaction un contrat translatif, s'appuyaient sur la loi 33, C., *de transactionibus.* Cette loi contient, en effet, deux hypothèses : dans l'une, certains objets ont été transmis et livrés ; dans l'autre, il s'agit de choses qui ont été attribuées à celui qui consulte. Le législateur examine ce qui arrivera dans le cas où un tiers exercerait une action en revendication, et il décide que, dans le premier cas, il y aura lieu à garantie, mais non dans le second.

" Les auteurs avaient conclu de cette loi que si les choses changent de mains, la transaction est translative, parce que la garantie est due ; mais qu'elle ne l'est point, si celui qui était en possession les conserve, parce que la garantie n'est point due.

" Pothier, qui, de tous les jurisconsultes modernes, a le mieux entendu les lois romaines, a si clairement expliqué celle-ci, qu'il n'existe plus de doute possible sur son véritable sens.

" Lorsque par une transaction, *pour vous faire désister d'une demande* " *que vous aviez formée, ou que vous deviez former contre moi, je vous* " *ai donné une certaine chose*, ce contrat est différent du contrat de " vente. Il est de la classe des contrats *do ut facias*, au lieu que le con- " trat de vente est de la classe des contrats *do ut des.* Néanmoins, ce " contrat a rapport en quelque chose au contrat de vente ; le vendeur " reçoit de l'acheteur un prix qui est l'équivalent de la chose qu'il lui " vend, et, en conséquence de cet équivalent qu'il reçoit, il s'oblige en- " vers l'acheteur à le garantir. De même, dans cette transaction, je " reçois de celui avec qui je transige l'équivalent de la chose que je " donne, savoir : le désistement de la demande qu'il avait formée, ou " qu'il devait former, contre moi... ; je dois donc contracter, par cette

[ARTICLE 1918.]

Quand l'une des parties donne à l'autre, pour prix de sa renonciation, une chose qui ne fait pas la matière de la contestation, la garantie est due tout aussi bien que dans la

" transaction, la même obligation de garantie envers celui à qui j'ai " donné cette chose, que contracte un vendeur envers un acheteur. C'est " ce qui est décidé par la loi 33, C., *de transact.*

" Il en serait autrement si, par une transaction, *je vous avais, moyen-" nant une somme que j'ai reçue de vous, laissé la chose qui faisait l'ob-" jet du procès entre nous*, en me désistant, moyennant cette somme, de " la demande que j'avais formée contre vous pour cette chose ; je ne suis " pas, en ce cas, obligé envers vous à la garantie de cette chose, et si " vous en souffrez éviction, vous ne pouvez rien me demander, pas même " la restitution de la somme que vous m'avez donnée ; car, par cette " transaction, je ne vous ai point cédé cette chose, je vous l'ai laissée " telle que vous l'aviez ; je me suis seulement désisté des prétentions " incertaines que j'avais sur cette chose et de la demande que j'avais " formée contre vous ; l'argent que j'ai reçu de vous n'est pas le prix de " cette chose, mais le prix de mon désistement. C'est ce qui est décidé " pareillement en la loi 33, C., *de transact.*

" Pareillement dans le cas inverse, *si vous m'avez délaissé la chose " que je revendiquais, moyennant une somme* que je vous ai donnée, " vous n'êtes pas obligé envers moi à la garantie de cette chose ; et si " j'en suis évincé, je ne pourrai pas répéter de vous la somme que je " vous ai donnée, car vous n'avez pas entendu me céder cette chose, " mais seulement vous désister de vos prétentions, incertaines sur ce " point."

" Pothier suppose donc, avec la loi romaine, deux hypothèses : dans la première, la chose donnée n'est pas celle qui est litigieuse, mais elle est donnée pour faire cesser le litige ; si celui qui la reçoit en est évincé, celui qui l'a donnée doit la garantir. Dans la seconde, l'objet de l'éviction est la chose litigieuse elle-même ; soit qu'elle ait été abandonnée par celui qui la possédait, soit qu'elle ait été conservée par lui, il n'est pas dû de garantie.

" Telles sont, en effet, les deux espèces examinées par les lois romaines :

" Dans l'une, la transaction a eu lieu sur la demande d'un domaine, et, pour prix du désistement, celui qui possédait le domaine a donné un autre fonds. *Si* PRO FUNDO *quem petebas, prædium dari placuit* ; la garantie est due, si celui qui a reçu le fonds *prædium*, en est évincé.

" Dans l'autre, il s'agit de l'éviction de la chose litigieuse, que le con-

vente. Telle est la décision de la loi 3 au C., *de transact.* C'est un contrat *do ut facias.* La garantie y est de droit ; il serait souverainement inique que celui qui a fait abandon de ses prétentions moyennant une chose convenue fût privé de cette chose pendant que l'autre partie profiterait du bénéfice de la transaction. On applique donc ici les principes de la vente. Il n'ést pas nouveau de les trouver dans les matières de la transaction (1).

12. Mais lorsque l'une des parties laisse à l'autre la chose même qui faisait l'objet de la contestation, l'éviction de cette chose ne saurait donner ouverture à garantie ; car celui en faveur de qui la renonciation a eu lieu n'a pas le droit de

tractant avait obtenue : *Si res apud te constitutas,* OB QUARUM QUÆSTIONEM LITIS *intercessit decisio, alius à te vindicavit, nihit petere potes.* Remarquez que la loi ne parle pas précisément de la chose qui a été laissée dans les mêmes mains, mais de celle qui a été attribuée, *apud te constitutas.*

" La différence entre les deux hypothèses consiste, non pas, comme l'avaient pensé les anciens jurisconsultes, en ce que dans l'une il y a changement de possesseur, tandis que dans l'autre il n'y en a point ; mais en ce que, dans la première, la garantie est réclamée à l'égard d'une chose qui n'était pas litigieuse, tandis que, dans la seconde, elle est demandée pour une chose qui faisait l'objet du litige.

" Ainsi, cette loi devait être entendue en ce sens, qu'à l'égard des objets non compris au litige, et dont il est fait abandon, il y a transmission, par suite garantie, et, par le même motif, ouverture au droit de mutation.

" Tandis que, à l'égard des choses litigieuses, soit que celui qui les avait les conserve, soit qu'elles soient délivrées à celui qui les réclame, il n'y a jamais transmission ; l'acte est purement déclaratif du droit préexistant ; c'est pourquoi la garantie n'a pas lieu, et, par le même motif, les droits de mutation ne sont pas exigibles.

" Le véritable sens de la loi romaine détermine le caractère de la transaction telle qu'elle existait avant le code civil, et, par conséquent, celui qui lui appartient aujourd'hui, parce que cette dernière loi a reçu ce contrat tel que les anciens principes l'avaient constitué."

(1) Cujas, consultat. 48.
Add. Op. conf. de Duranton, n. 426.

dire qu'il la tient du renonçant; il a toujours soutenu ne la tenir que de lui-même. Sur quoi donc se fonderait la garantie ? Le renonçant, d'ailleurs, ne lui a pas promis de l'en faire jouir paisiblement ; il ne s'est engagé qu'à faire cesser ses propres prétentions. C'est encore la décision de la loi 3 au C., *de evict.*, telle qu'elle est entendue par les auteurs les plus accrédités (1).

13. Cependant, si l'une des parties reconnaissait, dans la transaction, que la chose appartenait à l'autre et qu'elle l'a acquise moyennant un prix payé à celle-ci, la garantie aurait lieu incontestablement (2). On sent qu'une telle transaction se rapproche plutôt de la vente que de toute autre convention (3).

(1) Voet les cite (*de Evictionib.*, n. 10).

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) *Suprà*, n. 8.

Add. Dans la première rédaction du projet discuté au conseil d'Etat se trouvait un article ainsi conçu :

" Art. 16. Il n'y a point lieu à la garantie des objets auxquels chaque partie prétendait avoir des droits, dont elle s'est désistée en faveur de l'autre, lors même que ce désistement aurait été consenti moyennant une somme.

" Néanmoins, si une partie est évincée par un tiers, avant qu'elle ait, de sa part, exécuté la transaction, elle ne peut pas y être contrainte, à moins que le cas de l'éviction n'ait été prévu:"

Voici les motifs qui firent supprimer cette disposition dans la séance du 15 ventôse an xii (6 mars 1804). Le procès-verbal contient ce passage :

" L'art. 16 est discuté

" Le premier consul dit que cet article lui paraît injuste ; qu'il lui semble que, dans le cas prévu, la transaction doit être nulle, à moins qu'il n'y ait renonciation pure et simple de la part de la partie évincée.

" Berlier dit qu'en effet cette disposition, quoiqu'elle ne soit point nouvelle, mais copiée du droit romain, parait blesser la justice dans la première partie.

" Quant à la seconde partie, elle est inutile, car, soit dans le cas dont elle s'occupe, soit dans tout autre, on peut prévoir l'éviction et se départir des droits qui en sont la suite.

" L'article est supprimé."

14. La transaction est un contrat du droit des gens (1).

On agitait beaucoup autrefois la question de savoir si elle était un pacte, ou un contrat, ou un distrat (2). Tout ce qui a été écrit sur ce point est infini. Heureusement que la bonne foi qui règne dans notre droit rend cette érudition inutile. Toutes les conventions sont obligatoires chez nous ; toutes produisent des actions en justice. La transaction est un contrat (3) au même titre que la vente, le louage, la société. Ce contrat est consensuel, synallagmatique, commutatif et à titre onéreux.

15. Je dis que ce contrat est consensuel ; car le consentement suffit pour lui donner sa perfection. Il n'est pas de ceux qui, comme le prêt, le dépôt, s'accomplissent par la tradition de la chose.

16. J'ai ajouté que ce contrat est synallagmatique ; car il impose des obligations réciproques. Chaque partie renonce à ce qu'elle dit être son droit, moyennant une concession que l'autre lui fait.

17. Et comme la renonciation de l'une est censée compensée par le sacrifice de l'autre, il s'ensuit que la transaction est un contrat commutatif (4).

(1) Valeron, quæst. 2.

Add. Op. conf. de Marbeau, n. 5, où il dit : " On appelait contrats du *droit des gens* ceux qui, dans tous les temps, sont nés avec la société même, et en forment le lien permanent : tels sont les contrats de vente, de prêt, de louage, et en général toutes les conventions. On leur conserve encore parmi nous cette dénomination (code civil, art. 25), qui provient de leur origine, quoiqu'ils soient reçus dans le droit civil, et obligatoires par ce droit même. Mais la distinction entre les contrats du *droit civil* et les contrats du droit des gens, n'a d'importance qu'à l'égard du mort civilement. (Voy. plusieurs arrêts de la cour de cassation, rapportés par Sirey, VII, 2, 1062 ; V, 1, 106 ; IX, 1, 84 ; et XIII, 1, 421."

(2) Valeron, tit. I, quæst. 3.

(3) Texte de l'art. 2044.

(4) Add. Marbeau ajoute, n. 9 : " *Aléatoire*, en ce que cet équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte, d'après un événement incertain (code civil, art. 1104, § 2), c'est-à-dire d'après l'issue d'un procès

18. C'est pourquoi elle ne saurait être confondue avec la donation (1). Les parties n'y agissent pas dans un esprit de libéralité ; elles pourvoient à leur intérêt propre.

19. Ce sacrifice dont nous venons de parler doit être mutuel. *Hinc et indè dari aut retineri necesse est* (2). Supposez qu'un renonce héritier à demander la nullité du testament qui le dépouille ; ce n'est pas là une transaction. Car s'il a fait un sacrifice, son adversaire n'en a pas fait en sa faveur (3). Un tel engagement ne peut valoir que comme désistement ou renonciation (4). La règle en cette matière est donc celle-ci : " *Ad præcipuam transactionis formam spectat quod, aliquo* " *hinc et indè dato vel retento, fiat, et quod reciprocam habeat* " *præstationem, et nec actori totum quod petit absque aliquâ* " *retributione concedatur ; nec etiam reus adeo liberatur gra-* " *tuito quod nihil eroget ; ne aliàs transactio non tàm onerosus* " *contractus quàm gratuitus existimetur, et transeat in dona-* " *tionem.*" Tel est le résumé donné par Valeron (5).

que chacune des parties pouvait perdre, mais que chacune aussi pouvait gagner."

Op. conf. de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 336, où il dit : " C'est même pour cette raison qu'il ne peut jamais être rescindé pour cause de lésion (art. 2052)." Op. conf. d'O. Leclercq, t. VII, p. 95.

(1) Valeron, tit. I, quæst. 7, n. 1.

(2) Favre, *Code*, IV, 3, note 8 ; Valeron, tit. I, quæst. 7, n. 6.

(3) L. 3, 6, *de repud. vel. abst. hæred.*

(4) Championnière et Rigaud, t. I, n. 610.

Add. Ils donnent cet autre exemple : " Ainsi Primus intente une action en revendication d'un immeuble ; ultérieurement, il abandonne purement et simplement son action ; cet abandon, même accepté dans l'acte où il est fait, n'est pas une transaction, parce que le demandeur ne reçoit ni ne retient rien, et qu'on ne s'oblige point envers lui. C'est un désistement pur et simple, tarifé au droit fixe de 2 francs par l'article 43 de la loi française du 28 avril 1816.

" Cette observation démontre que le désistement qui n'est pas pur et simple ne devient pas nécessairement passible du droit proportionnel, et qu'il peut au contraire constituer une transaction assujettie seulement au droit fixe."

(5) Tit. I, quæst. 7, n. 1.

[ARTICLE 1918.]

20. A la vérité, l'une des parties peut renoncer à la totalité de sa prétention, tandis que l'autre ne fait qu'un abandon restreint de ses droits ; l'une peut même abandonner beaucoup pour peu recevoir. *Transactionibus receptum est ut pro modico magna amittamus* (1). Ceci n'est pas en contradiction avec le caractère commutatif que nous donnions tout à l'heure à la transaction ; car ce ne sont pas les valeurs pécuniaires qu'il faut considérer exclusivement ici ; il faut tenir compte de cet autre intérêt que procure la transaction, savoir, le rétablissement de la concorde, l'affranchissement d'un procès, la cessation des inquiétudes.

21. Mais, ce point accordé, il n'en est pas moins certain que si la renonciation de l'un des contractants n'avait pas un corrélatif dans un sacrifice quelconque fait par l'autre, le contrat serait autre chose qu'une transaction. Domat a nié cette vérité ; il a prétendu que "ce qui est dit dans "la loi 38, C... *de transact.*, qu'il n'y a point de tran-"saction si l'on ne donne et promet quelque chose, ne doit "pas être pris à la lettre." Mais Domat me paraît être dans l'erreur ; il n'est pas vrai, quoi qu'il en dise, qu'on puisse transiger sans rien donner, sans rien promettre, sans rien retenir. L'acte sera tout ce qu'on voudra, mais il ne sera pas une transaction (2).

(1) Argument de l'art. 2052 du code civil.

(2) Add. Marbeau, n. 13, dit dans ce sens : " Dans une transaction, les *sacrifices* sont ordinairement réciproques.

" Quelquefois cependant l'une des parties obtient, par la transaction, *tout* ce qu'elle demandait ; l'autre renonce à *toutes ses* prétentions. La transaction n'en est pas moins valable : elle a, dans ce cas, une cause suffisante, soit dans un sentiment de pure bienveillance, soit dans le cri de la conscience, soit dans le désir de conserver ou rétablir l'union et de se garantir des longueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès : *Propter timorem litis...* (L. 2, C., *de transactionibus*)." Op. conf. de Delvincourt, t. VII in-8⁰, p. 335 ; de Dalloz, *Transaction*, n. 2.

Rigal, nos 3 et 4, relève, comme Troplong, l'erreur de Domat. Il dit, n. 4 : " Sur la loi 38 du Code, Domat observe qu'il ne faut pas prendre à la lettre ce qui y est dit, " qu'il n'y a point de transaction si l'on ne

Cette erreur de Domat est probablement la cause de l'imperfection que nous reprochions tout à l'heure à la définition

" donne ou ne promet rien, ou si on ne retient quelque chose ; " car, dit-il, on peut transiger sans rien donner, et rien promettre, ni rien retenir. Et il cite pour exemple une caution qui pourrait être déchargée de cette demande par une transaction, sans que de part ni d'autre il fût rien donné, rien promis, ni rien retenu ; mais il est facile de voir que ce célèbre auteur est manifestement tombé dans l'erreur ; car il est évident que le créancier, dans ce cas-là, relâche bien de ses droits en abandonnant la caution, en renonçant à sa garantie, lorsqu'il pourrait les conserver, du moins à certains égards ; *il donne, il abandonne* ce droit à cette caution avec laquelle il transige ; *il promet* de ne plus se prévaloir de son cautionnement, de ne plus la rechercher à cet égard. Il est donc de la nature, de l'essence de la transaction qu'il y ait l'une de ces trois conditions : *don* ou *abandon*, *rétention*, ou *promesse* de quelque chose de la part de l'une ou de l'autre des parties, ou réciproquement de l'une à l'autre. Et Ferrière a raison de dire, dans son *Dictionnaire de pratique* (v° *Transaction*), suivant la loi romaine, que sans cela le contrat ne serait pas une transaction, mais un acte par lequel on renoncerait *gratis* et libéralement aux droits qu'on pourrait prétendre. D'où suit, au surplus, que l'exemple de Domat est mal choisi ou mal présenté, parce que, s'il n'y a d'accord sur le cautionnement qu'entre le créancier et la caution seulement, sans qu'aucune difficulté relative à ce cautionnement y ait donné lieu, il n'y aura pas de transaction proprement dite, mais un simple renoncement, un simple abandon du cautionnement ; enfin un simple dégagement de la caution, gratuitement et libéralement accordé à cette même caution."

Duranton, n. 392, avait aussi relevé l'erreur de Domat, et il ajoutait : " C'est probalement par suite de la même erreur qui avait entraîné Domat que Bigot-Préameneu disait devant le corps législatif : " De tous " les moyens de mettre fin aux différends que font naître entre les " hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le plus heureux " dans tous ses effets est la transaction, ce contrat par lequel sont ter- " minées les contestations existantes, ou par lequel on prévient les cons- " testations à naitre. Chaque partie se dégage alors de toute prévention. " Elle balance de bonne foi, et avec le désir de la conciliation, l'avantage " qui résulterait d'un jugement favorable, et la perte qu'entrainerait une " condamnation ; elle sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pourrait " espérer, pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre ; *et lors* " *même que l'une d'elles* SE DÉSISTE ENTIÈREMENT *de sa prétention, elle*

de notre article (1). Elle a porté les rédacteurs du code à croire que l'*aliquo dato vel retento* pouvait être omis dans les éléments de la transaction. Pothier manquait ici au législateur, et Domat, qui le remplaçait, n'est pas un guide aussi sûr que lui.

21 2° (2).

" *se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union, et de se garantir* " *des longueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès.* Un droit dou- " teux et la certitude que les parties ont entendu balancer et régler " leurs intérêts, tels sont les caractères qui distinguent et qui constituent " la nature de ce contrat. Il n'y aurait pas de transaction si elle n'avait " pas pour objet un droit douteux. On a souvent, en donnant à des actes " d'une autre nature, ou même à des actes défendus, le nom de transac- " tion, cherché à leur attribuer la force et l'irrévocabilité ; mais il sera " toujours facile aux juges de vérifier si l'objet de l'acte était susceptible " de doute. Il n'y avait point, pour une pareille vérification, de règle gé- " nérale à établir."

" Non, lorsque l'une des parties se *désiste* entièrement de ses prétentions, ainsi qu'on le suppose ici, ce n'est point une transaction, c'est un *désistement* ou un acquiescement, selon qu'il est fait par le demandeur ou par le défendeur, et voilà tout.

Au surplus, la question présentera rarement un grave intérêt, attendu que, généralement, il faudra, dans la personne qui fera l'acte que nous appelons désistement ou acquiescement, la même capacité, les mêmes pouvoirs que pour faire une transaction proprement dite : il n'en sera autrement que dans des cas peu fréquents ; mais ces cas peuvent se présenter, et alors il ne faudrait pas absolument juger ce qui ne serait qu'un désistement ou un acquiescement, par les règles sur les transactions, qui sont généralement des contrats synallagmatiques, tandis que les autres sont généralement, au contraire, des actes unilatéraux."

Zachariæ, § 418, dit dans le même sens : " La transaction suppose une réciprocité de concessions ou de sacrifices de la part de chacune des parties. C'est par ce caractère qu'elle se distingue de la simple renonciation, de la remise de dette, du désistement et de l'acquiescement. Il n'est cependant pas nécessaire que les concessions respectives des parties soient de la même importance et forment l'équivalent exact les unes des autres." Op. conf. d'O. Leclercq, t. VII, p. 97, 98.

(1) *Suprà*, n. 4.

(2) Add. *Indivisibilité de la transaction.*—Marbeau dit, n. 15 : " Et comme tel *sacrifice* de la part de l'un des contractants peut avoir porté

[ARTICLE 1918.]

22. La transaction a souvent servi, dans la pratique, à simuler des conventions qui n'étaient que des cessions et transports véritables. C'est surtout pour frauder les droits d'enregistrement que ces faux semblants sont mis en œuvre ; car les transactions ne sont soumises qu'à un droit fixe de trois francs (1), tandis que les cessions et transports sont passibles du droit proportionnel. Mais la jurisprudence ne se laisse pas prendre à ces ruses désormais usées. Différents arrêts peuvent servir d'exemples (2). Ils se réfèrent tous à cette idée : Le droit transmis était-il certain, oui ou non ? S'il était certain, l'acte n'est pas une transaction ; c'est une cession. Pour qu'il y ait transaction, il faut qu'il y ait doute sur le droit que l'on abandonne.

23. La transaction ne doit pas seulement être distinguée de la renonciation, de la donation et de la cession ; il faut encore la séparer de la ratification, et voici le point de différence :

La ratification suppose comme admise et incontestable la nullité qu'elle a pour but de couvrir. Au contraire, la

l'autre à faire tel autre *sacrifice* ; comme il est impossible de déterminer la volonté particulière de chacune des parties sur chacun des points réglés par la transaction; parce que, lors même que ces divers points seraient indépendants quant à leur objet, il n'en serait pas moins incertain s'ils l'étaient aussi quant à la volonté de contracter, et si les parties eussent traité séparément, sur tous ces points différents, de la même manière qu'elles ont traité sur tous à la fois, il s'ensuit que toutes les parties d'une transaction doivent être regardées comme ayant entre elles une corrélation nécessaire, comme ne pouvant subsister les unes sans les autres, comme formant un tout *indivisible.*

" Ainsi la transaction est un contrat *indivisible* dans ses dispositions." Op. conf. de Zachariæ, § 418.

Voy. *infrà,* Troplong, n. 68, et ce qui est dit à l'occasion de l'art. 2052.

(1) Loi du 28 avril 1816, art. 43, n. 8. Championnière et Rigaud, t. 1, n. 595.

(2) 2 février 1808 (Dalloz, VII, 147) ; Merlin, v° *Partage,* § 11 ; 30 oct. 1809 (Dalloz, VII, 147) ; 7 juin 1820 ; Championnière et Rigaud, t. 1, n. 616.

transaction suppose qu'elle est douteuse. La ratification peut être gratuite ; la transaction ne saurait l'être (1).

On ne demandera donc pas à la transaction les formes exigées par les articles 1338 et 1339 du code civil (2).

23 2° (3).

(1) Championnière et Rigaud, t. 1, n. 619

(2) Merlin s'est livré à de nombreuses subtilités sur cette proposition, bien simple cependant (*Répert.*, v° *Transaction*, § 5, p. 84, 85 et suiv.).

(3) Add. *Importance pratique de la distinction entre la transaction et la ratification. Dans le doute laquelle des deux prévaudra ?*— Duranton dit, n. 393 : " Le code distingue les actes confirmatifs des transactions ; aussi traite-t-il des uns et des autres dans des titres différents ; et cependant on confirme souvent par une transaction un acte sujet à la rescision ; comme souvent aussi un acte de confirmation est fait en vue de prévenir un procès, par la renonciation au moyen de nullité que présentait l'acte confirmé ; et, dans la plupart des cas, la partie ne confirme que moyennant quelque chose que lui abandonne le créancier, soit par la réduction de l'obligation primitive, soit par le payement ou la promesse de quelque chose ou de quelque somme, ou par la renonciation à quelque autre droit ; ce qui est bien aussi un caractère commun avec celui de la transaction. Or, d'après l'article 1338, pour être valable, l'acte confirmatif doit contenir la substance de l'obligation confirmée, la mention du vice sur lequel était fondée l'action en rescision ou en nullité, et l'intention de réparer ce vice ; en sorte que quand bien même ce serait par erreur de droit que la partie obligée aurait souscrit l'acte confirmatif qui ne contiendrait pas toutes ces conditions, l'acte serait indubitablement sans effet ; car l'acte ne fait aucune distinction. Au lieu que l'art. 2054 exige seulement, lorsque la transaction est faite en exécution d'un titre nul, que les parties aient expressément transigé sur la nullité ; et bien plus, ainsi que nous le démontrerons plus bas, quand bien même les parties n'auraient pas transigé expressément sur la nullité du titre, si celle qui pouvait l'invoquer n'a pu l'ignorer que par erreur de droit, la transaction est valable, d'après l'art. 2052. On sent, d'après cela, l'importance qu'il y a à bien distinguer des actes qui se touchent de si près. Si les parties ont positivement déclaré faire un acte confirmatif, cet acte sera assujetti aux dispositions de l'art. 1338, quand bien même le créancier, pour l'obtenir, aurait fait l'abandon d'une partie du droit que lui promettait cet acte, on aurait promis quelque chose en son particulier. Dans le cas, au contraire, où elles auront déclaré faire une

24. Ce n'est pas non plus une transaction que le contrat par lequel un acquéreur qui a acheté à vil prix consent à payer un supplément pour éteindre ou prévenir un procès. Pour qu'il y eût transaction véritable, il faudrait que la somme eût été donnée comme prix du repos de l'acheteur, et non pas comme équivalent de la chose revendiquée et abandonnée (1). Ainsi, supposons que la vente ait été faite à juste prix, mais qu'ensuite un tiers se disant propriétaire de la chose et venant la revendiquer, l'acheteur consente à lui payer une somme d'argent ; c'est là une transaction, *sola liberatio controversiæ* (2). L'acheteur est censé avoir voulu échapper à une poursuite désagréable. " *Breviter dico* (je cite " Dumoulin), *quod si priùs emit justo et integro pretio...,tunc* " *nullum est novum laudimium ; quia justo pretio semel emit*, " *et tali quo res deberet esse sua perpetuo et incommutabiliter ;* " *et quod nunc aliud pretium addit*, *censetur causâ vexationis* " *redimendæ facere...*"

Mais si l'acheteur avait acheté à vil prix, il en serait autrement. Ce qu'il payerait pour parfaire serait censé donné pour rendre la vente parfaite. Ce serait un supplément de prix, à raison duquel les droits d'enregistrement seraient dus. *Secùs*, continue Dumoulin, *si Titius initio*, *vili pretio emisset. Quia tunc*, *quod ad redimendum datur*, *tanquàm de justo pretii totius fundi supplemento ; nova jura utilia debentur* (3).

transaction, il faudra bien s'attacher aux règles prescrites pour ces sortes d'actes. Enfin, si les termes étaient obscurs, et que le débiteur prétendit que c'est un acte confirmatif qu'il a entendu faire, et dont il demanderait la nullité, pour cet acte n'avoir pas été fait suivant le vœu de l'art. 1338, nous pensons qu'on devrait en effet incliner à y voir plutôt un acte confirmatif qu'une transaction, parce que les formalités prescrites pour la première espèce de ces actes protégent davantage les débiteurs qui sont toujours plus favorables."

(1) Poquet de Livonières, liv. III, ch. I, p. 142 ; Dumoulin, art. 78, glose 1, nos 125 et 140.

(2) Championnière et Rigaud, t. I, nos 620 et suiv.

(3) *Loc. cit.*, n. 125.

25. La transaction diffère du compromis (1). Dans la transaction, les parties se font elles-mêmes juges de leur différend. Par le compromis, les parties, loin d'être leur propre juge, se donnent au contraire un juge de leur choix qui est substitué au juge ordinaire chargé de terminer le litige.

25 2° (2). 25 3° (3).

(1) Caccialupus, *De transact.*, § 3, n. 4 ; au *Tract. tract.*, t. VI ; Toullier, t. X, n. 377. *Infrà*, nos 86 et 93.

(2) Add. *Cas où il y avait doute s'il s'agissait d'une transaction ou d'un compromis.*—Rigal, p. 116 et suiv., rappelle qu'on peut transiger par mandataire et il ajoute : " Ce principe, vrai en lui-même, a donné lieu, dans la pratique, à quelques difficultés qui se rapportent à la forme des transactions.

" Voici une espèce qui nous est retracée par Denisart :

" La dame d'Audenfort s'étant pourvue par lettres de rescision contre un acte passé en forme de transaction entre son fondé de procuration et celui du marquis de Beaufort, auxquels chacune des parties avait donné une procuration conçue dans les mêmes termes, et contenant pouvoir de transiger *de l'avis* de quatre arbitres nommés dans les procurations, a prétendu que quoiqu'on eût donné la forme de transaction à cet acte, il ne devait cependant être considéré que comme sentence arbitrale : elle en avait appelé sous cette dénomination ; mais parce que les procurations contenaient pouvoir de transiger, la dame d'Audenfort a été déclarée non recevable en son appel, par arrêt rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Titon, le lundi 1er septembre 1760.

" Je trouve, pour ce qui me concerne, que dans cette espèce il a été fort bien jugé ; parce que, quoique les procurations nommassent des arbitres, ces arbitres ne devaient être considérés que comme des *conseils* proprement dits, puisqu'ils n'avaient d'autre mandat dans la procuration donnée à d'autres qu'à eux, que celui de donner leur *avis* sur la question de savoir si les deux procureurs fondés auxquels le pouvoir de transiger était donné dans leur procuration respective, transigeraient ou ne transigeraient pas, et sur quelles bases ils feraient leur transaction. D'où suit que le mot d'*arbitres* était mal approprié dans cette circonstance aux vues des parties, et que celui de *conseils* est le véritable terme qu'il convient de lui substituer."

(3) Add. Quid *lorsque les mêmes individus sont à la fois nommés arbitres et constitués procureurs ou mandataires pour transiger ? Faut-il assimiler la qualité de* TRANSACTEUR *à celle d'*AMIABLE COMPOSITEUR ?—Rigal dit à ce sujet, p. 118 et suiv. : " Mais n'en doit-on pas dire autre-

ment, lorsque *les mêmes individus* sont à la fois nommés arbitres et constitués procureurs ou mandataires pour transiger ?

" Non, malgré les quatre arrêts bien remarquables qui existent sur cette question : l'un, du parlement de Dijon ; le second, du parlement d'Aix ; les deux autres, du parlement de Douai.

" Par le premier, rendu le 16 juillet 1669, il a été décidé qu'encore que, dans un compromis, il eût été dit que les arbitres dresseraient une transaction, et que les parties seraient tenues de la signer, à peine de tous dépens, dommages et intérêts, néanmoins il était libre à l'une des parties de ne pas signer après que l'autre l'avait fait, et que son refus ne l'exposait nullement à des dommages-intérêts.

" Cet arrêt est rapporté par Raviot sur Perrier, quest. 328, n. 13.

" Par le second, du 1er juin 1683, rapporté dans le Recueil de Boniface, tome IV, liv. VIII, tit. IV, chap. III, il a été jugé que : " la stipulation " pénale de se tenir à la *transaction* qui serait dressée par des avocats- " *arbitres*, est nulle."

" Les deux autres arrêts ont été rendus dans l'espèce suivante :

" Les sieurs Barbieux et Décamps, bourgeois de Saint-Amand, avaient entre eux cinq procès, dont l'un avait pour objet un saule, le second une gageure de douze francs, et les trois autres des réparations d'injures. Pour terminer amiablement des contestations aussi peu dignes de l'attention de la justice, ils ont passé devant notaires, le 26 mars 1776, un acte dont il ne sera pas inutile de rapporter ici les principales clauses.

" Les parties reconnaissent, dans le préambule, que, " sur l'entremise " de leurs amis communs, désirant terminer à l'amiable lesdits procès, " éviter les frais ultérieurs, réaliser entre elles la paix, l'union et con- " corde que ces différentes contestations avaient bannies de leurs familles " respectives, et étouffer toutes les semences d'inimitié et tous germes " de discussions, elles sont convenues et accordées d'y mettre fin *par la* " *voie d'arbitrage et de transaction absolue et irrévocable.*" En conséquence, " croyant ne pouvoir mieux confier leurs intérêts qu'à messire " Jean-Baptiste-Joseph Dupont, chevalier, ancien conseiller à la cour, et " à maître Pierre-Ignace-Joseph Yolent, avocat à ladite cour, et conseil- " ler pensionnaire de la ville de Douai, lesquels sont déjà instruits de " leurs différends, elles les ont choisis pour *arbitres, amiables composi-* " *teurs et transacteurs*, les priant, *nommément en cette dernière qualité*, " de terminer et transiger sur toutes leurs difficultés." Les parties promettent ensuite " d'agréer, ratifier et confirmer, dès le moment de la pas- " sation de l'acte, tout ce qui sera par eux réglé et statué sur leurs " différentes contestations, comme si elles-mêmes, en personne, avaient " transigé sur icelles." Enfin elles consentent " que ladite *transaction*

"soit homologuée à frais communs, par les prévôt, échevins de Saint-
" Amand, pour sortir son plein et entier effet."

" Les sieurs Dupont et Yolent ont répondu aux vues des parties ; " et " voulant, conformément à icelles, terminer tous leurs différends par la " voie la plus sûre et la plus irrévocable, ils ont, en leur dernière qualité " qui leur était donnée, *transigé* au nom des parties, sur ces cinq pro- " cès." Ce sont les termes de l'acte qu'ils ont fait entre eux, le 15 avril 1776.

" Les sieurs Décamps, mécontents de cette transaction, en ont interjeté appel, en la qualifiant de sentence arbitrale.

" Les sieurs Barbieux ont soutenu qu'*appel n'échéait*, parce que l'acte n'était pas une sentence, mais une transaction, et qu'elle en avait tous les caractères.

" Par arrêt du 27 mai 1778, la cour, faisant droit *entre les sieurs Décamps appelants de la sentence arbitrale sous le nom de transaction*, rendue par Mes Dupont et Yolent, le 15 avril 1776, et les sieurs Barbieux, intimés, *a déclaré*, suivant ce, qu'il serait procédé au jugement de l'appel de la seutence dont il s'agit ; et les a condamnés aux dépens. En conséquence, cinq arrêts, des 22, 24 et 25 juillet suivant ont fait droit sur les cinq procès, et ont confirmé les dispositions que la sentence arbitrale renfermait sur chacun.

" Les sieurs Barbieux, dans l'espérance de faire crouler ces cinq arrêts, ont attaqué, par la voie de révision, celui du 27 mai 1778. On a prétendu qu'ils n'y étaient pas recevables, parce qu'ils avaient exécuté cet arrêt purement et simplement, en instruisant et laissant juger sans protestation les cinq procès dont il s'agissait. Mais par arrêt du 15 mars 1779, cette fin de non-recevoir a été rejetée, et il a été ordonné qu'il serait procédé au jugement de la révision.

" On a donc revisé la question qui avait été jugée le 27 mai 1778,et par arrêt du 20 mars 1779, rendu au rapport de M. Vanrode, les chambres assemblées, il a été décidé qu'erreur n'était intervenue.

" Voilà des arrêts qui paraissent fort extraordinaires. Mais comme l'observe fort bien Merlin, dans son *Répert.*, v° *Transact.* § 3, n. 3, cette jurisprudence est uniquement fondée sur l'étrange maxime reçue alors, qu'on ne pouvait pas renoncer à la faculté d'appeler d'une sentence arbitrale ; et sur ce qu'on considérait, en conséquence, qu'en pareil cas l'intention des parties était de faire rendre un jugement arbitral, mais que la procuration pour transiger qu'elles donnaient aux arbitres n'était qu'une manière indirecte de renoncer à l'appel, et d'éluder par ce moyen la prohibition.

" Cette jurisprudence s'est écroulée dans le nouvel ordre judiciaire,

avec sa base, renversée part l'art. 1010 du code de procédure civile, portant que : " Les parties pourront, lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel..."

" Dès lors, d'après notre nouveau droit, pour décider la question de savoir si les mandataires dans lesquels on a réuni les deux qualités d'*arbitres* et de *transacteurs*, c'est-à-dire, comme dans le cas qui nous occupe, à qui on a donné le pouvoir d'arbitrer et de transiger, il suffit de faire attention à la différence qu'il y a de l'un et de l'autre, de bien distinguer l'*arbitrage* de la *transaction* et l'on verra que toute la difficulté disparaîtra, et que l'un peut avoir lieu en même temps que l'autre.

" Pour bien faire, commençons par définir les mots.

" Qu'est-ce qu'un arbitre ? C'est celui que choisissent des parties qui sont en contestation sur leurs droits respectifs, pour terminer leurs différends. En droit, c'est la définition ordinaire qu'on peut donner et qu'on donne en effet à ce mot. Mais dans le sens philosophique, ce mot veut dire aussi la faculté de l'âme de se déterminer à une chose plutôt qu'à une autre ; en disant l'*âme,* on peut entendre l'*homme.* C'est aussi pourquoi, par le mot *arbitre,* on entend figurément un maître absolu.

" D'après cette double définition, on voit que la fonction d'*un arbitre* nommé par les parties pour terminer leurs différends, est d'examiner le fond de la contestation, de délibérer sur la décision qu'il doit prendre, et de se déterminer ensuite librement, suivant sa manière de voir et comme il le jugera à propos, en se conformant néanmoins aux règles du droit.

" Observons ici, pour ne laisser rien à désirer, qu'en disant qu'il faut que l'arbitre *se conforme aux règles du droit* (suivant le vœu des lois de tous les temps), il n'y a pas contradiction avec ce que nous avons dit dans la définition, que l'arbitre a la faculté de se déterminer à une chose plutôt qu'à une autre, ou qu'il est maître absolu ; parce qu'on doit toujours supposer que l'homme honnête, l'homme de bien, doit toujours aussi diriger ses actions d'après les règles de l'équité et de la justice, sur lesquelles tout droit est fondé ou doit l'être.

" Tels sont en général les droits et les devoirs d'un arbitre ; il ne peut pas s'en écarter sans prévariquer dans l'exercice de ses fonctions.

" Mais ces facultés peuvent être étendues par les parties elles-mêmes dans le compromis. Elles peuvent y ajouter celle d'*amiable compositeur.*

" Par amiable compositeur, on entend, dans l'acception la plus commune, celui qui accommode un différend par les voies dela douceur, à l'amiable, c'est-à-dire sans procès.

" En droit Ferrière le définit : celui qui est élu par les parties pour

terminer leur différend à l'amiable, selon l'équité, sans être tenu de garder exactement les formalités de la justice, et la rigueur du droit.

" Dans ce cas donc, c'est-à-dire dans celui où à la qualité d'arbitre est ajoutée celle d'amiable compositeur, celui qu'on a revêtu de ce pouvoir peut agir suivant son libre arbitre, sans être assujetti à aucune règle de droit positif, mais bien traiter l'affaire qui lui est commise, comme si c'était sa cause propre, et comme les parties, maîtresses de leur sort, de leurs biens et de leurs fortunes, peuvent en disposer elles-mêmes, c'est-à-dire, couper, trancher, tailler, faire des relâchements et des concessions, suivant son bon plaisir, mais toujours pourtant, comme on doit naturellement l'entendre, avec des intentions pures, franches et loyales, exemptes de fraude et de dol.

" Maintenant qu'on sait ce que c'est qu'un arbitre et l'étendue de ses fonctions ; maintenant surtout qu'on sait aussi ce que c'est qu'un amiable compositeur et l'étendue de ses pouvoirs, voyons ce que c'est qu'une *transaction*, et si l'on ne peut pas assimiler la qualité de *transacteur* à celle d'*amiable compositeur ;* après quoi nous tâcherons de faire ressortir la différence qu'il y a de l'*arbitre amiable compositeur* d'avec la *transaction.*

" La *transaction* est un moyen légal de s'accorder à l'amiable pour terminer une contestation (ou un procès) née, ou de prévenir une contestation (ou un procès) à naître.

" Il me semble qu'il y a assez de conformité entre cette définition et celle de l'*arbitre amiable compositeur.* Dans les deux cas on trouve le même moyen de mettre fin aux différends par les voies amiables, sans suivre les règles du droit et sans clameurs judiciaires.

" Dès lors il est parfaitement égal, selon moi, de dire dans le compromis qui nomme les arbitres, qu'on leur donne le pouvoir *de transiger*, ou celui *de prononcer comme amiables compositeurs :* de quelque manière qu'on s'exprime, le résultat sera toujours le même quant au fond.

" Mais quant à la forme il y a une différence notable ; c'est que la décision rendue en forme de transaction obtient entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, de plein droit ; tandis qu'en forme de jugement, la décision est sujette à l'appel, si la matière n'est pas du dernier ressort, ou si les parties n'ont renoncé expressément à l'appel, lors ou depuis le compromis.

" Quant à la forme exécutoire, les mêmes formalités doivent être remplies dans l'un et l'autre cas, suivant qu'elles sont prescrites par la loi au titre *des Arbitrages*, à moins que les arbitres, au nom de leurs commettants et suivant le pouvoir qui pourrait leur en être donné dans le

compromis, ne fassent passer leur décision par acte authentique devant notaire, revêtu de la forme exécutoire.

" Maintenant que nous sommes convaincus que transiger, ou prononcer comme amiables compositeurs est une même faculté donnée aux arbitres auxquels on l'attribue sous l'une ou l'autre expression, voyons s'il n'y a pas quelque différence entre *arbitrer*, proprement dit, et *transiger*, lorsque ces deux qualités sont réunies, dans le compromis, aux arbitres ou à ceux élus par les parties pour terminer leurs différends.

" La seule qu'il me semble y voir, c'est que (abstraction faite des mêmes effets qu'ils produisent au fond) l'*arbitrage* consiste à examiner le fond de l'affaire, le fond de la contestation, à rechercher les moyens de régler, d'accorder les parties, à décider et terminer leurs différends. La transaction, au contraire, dans ce cas, est la manière de constater cet accord et la fin des contestations. En un mot, le premier n'a absolument rapport qu'*au fond ;* l'autre, indépendamment du même rapport au fond, a particulièrement rapport *à la forme.* Mais, en tous cas, il y a toujours même lieu de décider.

" Par exemple, je dirai à mon arbitre, comme ma partie adverse le dira réciproquement au sien, ou comme nous le dirons en commun dans le même acte de compromis : " Voyez cette contestation, ce différend, " examinez bien avec attention nos prétentions respectives, et, après un " mur examen et de sérieuses réflexions, arrangez-nous et mettez fin à " nos contestations, suivant que votre sagesse vous le suggèrera ; faites " comme si c'était pour vous-même, de la manière et dans les formes " que vous l'entendrez, soit *par forme de jugement*, soit *par forme de* " *transactions*, approuvant d'ores et déjà tout ce que vous ferez à cet " égard."

Il me semble que cet exemple est bien propre à faire comprendre la différence que j'établis entre les mots *arbitrer* et *transiger* qui se trouvent réunis dans le cas dont il est question ; c'est-à-dire qu'arbitrer simplement n'a rapport absolument qu'au fond ; et que transiger a rapport au fond et à la forme tout à la fois. Car, pour opérer cet accord, il faut d'abord examiner l'affaire, puis délibérer, ensuite prononcer et demeurer d'accord sur les conventions ; voilà l'arbitrage. Cela fait, il s'agit de constater cet accord, cet arrangement. Pour cela il y a deux formes : forme de jugement ou de sentence arbitrale, et forme de transaction. Comme nous sommes autorisés, diront les arbitres, à suivre l'une ou l'autre forme, suivons la plus solide, celle de la transaction. Et voilà le vœu des parties rempli.

" Ainsi donc, pour en finir sur cet article, concluons qu'il est très-fort permis, sous notre nouvelle législation, de réunir ces deux qualités aux

26. La transaction est souvent comparée à la chose jugée (art. 2052) ; elle en diffère cependant par des points que nous ferons ressortir plus tard.

26 2° (1). 26 3° (2).

Lahaie, sur art. 2044 C. N. } *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 13, sect. 1, n. 1. — La transaction est une convention entre deux ou plusieurs personnes qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leur différend de gré à gré, de la manière dont elles conviennent, et que chacune d'elles préfère à l'espérance de gagner jointe au péril de perdre.

N. 2.—Les transactions terminent ou préviennent les pro-

arbitres ; c'est-à-dire de leur donner le pouvoir de transiger en même temps que celui d'arbitrer ; et que la transaction faite par les arbitres en vertu du pouvoir qui leur en sera donné par le compromis, aura la même force et produira le même effet que si elle était faite par les parties elles-mêmes."

(1) Add. *La transaction est de sa nature irrévocable.* — Marbeau dit, n. 19 : " Enfin la transaction est de sa nature irrévocable (*a*) ; et c'est à son irrévocabilité qu'elle doit d'être comptée parmi les actes les plus utiles à la paix des familles et à la société en général. (Voy. Exposé des motifs.) " Voy. *infrà*, art. 2052.

(2) Add. *Elle peut être faite sous condition.*— Ainsi l'enseigne Duranton, n. 394 : " Une transaction, comme tout autre contrat, peut être faite sous condition, soit suspensive, soit résolutoire ; et alors elle est régie, sous ce rapport, par les principes que nous avons exposés en parlant des conditions, au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général.*"

C'est aussi l'avis de Voet, et de Sebire et Carteret, *Encyclop.*, v° *Condition.*

Jurisprudence.—Lorsque par une transaction on renonce à ses prétentions au moyen d'une rente stipulée, les termes *au moyen de* ne rendent pas la transaction conditionnelle. Liége, 2 juin 1815, de Theux de Meylandt contre Jaymart (*Arr. not.*, VI, 1, 37).

(*a*) Tous les contrats sont irrévocables (art. 1134) ; mais on donne cette qualité par excellence à la transaction, soit parce qu'elle n'est pas soumise à la rescision pour cause de lésion, soit parce qu'elle jouit de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

cès en plusieurs manières, selon la nature des différends, et les diverses conventions qui y mettent fin. Ainsi, celui qui avait quelques prétentions, ou s'en désiste par une transaction, ou en obtient une partie, ou même le tout. Ainsi, celui à qui on demande une somme d'argent, ou paie, ou s'oblige, ou est déchargé en tout ou en partie. Ainsi, celui qui contestait une garantie, une servitude, ou quelque autre droit, ou s'y assujétit, ou s'en affranchit. Ainsi, celui qui se plaignait d'une condamnation, ou la fait réformer, ou y acquiesce ; et on transige enfin aux conditions dont on veut convenir suivant les règles générales des conventions. *Litigiis jam motis pendentibus seu posteà movendis ; Cod. leg. ultim., de transact. Ciceron, pro Cœcina*, appelle la transaction, *finis sollicitudinis ac periculi litium.*

Bigot-Preameneu, exposé des motifs au Corps Législatif, 13 mars 1804.—Un droit douteux, et la certitude que les parties ont entendu balancer et régler leurs intérêts, tels sont les caractères qui constituent la nature de ce contrat.

Albisson, rapport au Tribunat, 19 mars 1804. — La transaction étant un contrat, doit réunir les conditions essentielles pour la validité des conventions; capacité de contracter, consentement des parties contractantes, un objet certain qui fasse la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation. Notre article exige, en outre, qu'elle soit rédigée par écrit, même au-dessous de 150 fr. : autrement, elle manquerait souvent son but, qui est d'éteindre ou de prévenir les procès.

Gillet, discours au Corps Législatif, 20 mars 1804.—Quand la paix et l'harmonie sont troublées parmi les citoyens, il est, pour les rétablir, trois moyens ouverts aux parties :

La voie judiciaire, qui soumet leurs débats à l'autorité publique ; moyen certain, mais rigoureux, nécessaire seulement parce qu'il est le supplément de la garantie et de tous les autres :

La voie de l'arbitrage, qui leur donne des juges amiables et de leur choix; moyen moins hostile, qui substitue la

balance approximative de l'équité à la balance exacte de la justice ;

Enfin, la voie des *transactions*, qui les rend elles-mêmes leurs propres arbitres, et qui résout leurs différends par les dispositions qu'elles trouvent bon d'arrêter ensemble.

Hua.—A raison de l'importance d'une pareille convention, on ne saurait tolérer la moindre incertitude sur son sort, ni la faire dépendre d'une preuve testimoniale, quand même l'intérêt serait inférieur à 150 fr.

Delvincourt, t. 2, n. 1, p. 209.—La transaction pouvant avoir lieu sans qu'il y ait sacrifices de part et d'autre, elle diffère peu du désistement. Toutefois, le désistement emporte renonciation à la procédure seulement, mais non au droit d'intenter une seconde fois l'action sur de nouveaux errements. La transaction emporte abandon de l'action même.

Favard, transaction, § 2, n. 7. — Ce qui exclut la preuve par témoins, quand même la matière n'excéderait pas la valeur de 150 fr.; mais l'écriture n'est pas de l'essence de la transaction, comme elle l'est dans les actes de dernière volonté. Elle n'est ici exigée par la loi que *ad probationem tantùm;* et par exemple une transaction verbale peut très-bien être prouvée par l'aveu de la partie. Rolland, v. transaction, n. 56, même opinion.

Dalloz, transaction, sect. 1, n. 9.—L'écriture est plus propre que la mémoire à fixer le sens et l'étendue d'une convention presque toujours compliquée, et dont le but serait manqué entièrement si son sort dépendait d'une preuve testimoniale, qui ne produit souvent que des résultats dangereux et incertains.

Rolland de Villargues, v. transaction, n. 60. — Tout acte de transaction doit exposer d'abord la cause de la contestation qui divise les parties ; ensuite, il faut y indiquer leurs prétentions respectives, les titres sur lesquels elles se fondent, et, s'il y a déjà procès entamé entre elles, à quel point se trouve la procédure.

N. 61. — Si on transige sur plusieurs différends, il faut

avoir soin de les exprimer séparément, en autant de divisions et de subdivisions que l'on croira nécessaires pour jeter la plus grande clarté sur les faits.

N. 62.—On passera enfin aux articles de la transaction, après avoir ainsi fait connaître l'état des choses.

Duranton, t. 18, n. 391.—Cette définition n'est pas complète, car il y a d'autres manières de terminer une contestation qui ne sont pas des transactions. En effet, le désistement qu'un demandeur donne de son action avec offre de payer les frais : l'acquiescement pur et simple que le défendeur donne à la demande formée contre lui, terminent le procès sans être de véritables transactions.

N. 399.—Il faut, pour qu'il y ait transaction valable, que l'objet sur lequel on transige soit dans le commerce. En vain celui qui avait une réclamation d'état à élever comme fils d'un tel y aurait-il renoncé par une transaction intervenue même sur une demande déjà formée par lui ; il n'en pourrait pas moins intenter ou poursuivre son action ; la transaction ne pourrait lui être opposée ; elle serait nulle. (Voy. n. 395.)

A. Dalloz, transaction, n. 27.—La transaction peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. Dans ce dernier cas, il faut autant d'originaux que de parties.

Enregistrement. — Les transactions qui ne contiennent aucune stipulation de sommes et valeurs, ni dispositions soumises à un plus fort droit d'enregistrement, sont assujéties au droit fixe de 3 fr. (Loi du 28 avril 1815.)

Lorsqu'une transaction contient des stipulations de sommes ou valeurs, l'on doit s'en tenir au droit *proportionnel*, quoi qu'il se trouve être inférieur au droit fixe de 3 fr. (Délibération de la régie, 10 septembre 1830.)

---

* 18 *Duranton*, *Tit.* 15, *n*o 391. } La transaction, suivant le Code, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contesta-

tion à naître (art. 2044) ; ce qui suppose, ainsi que nous l'expliquerons bientôt avec plus d'étendue, qu'elle intervient sur une affaire douteuse entre les parties, *in re dubiâ.*

Cette définition n'est toutefois pas complète, selon nous, car il y a d'autres manières de prévenir une contestation ou d'en terminer une existante, et qui ne sont cependant pas des transactions proprement dites. En effet, le désistement qu'un demandeur donne de sa prétention, de son action, avec offre de payer tous les frais faits jusqu'alors, termine évidemment aussi le procès, néanmoins ce n'est pas une véritable transaction ; aussi n'est-il point assujetti à l'acceptation du défendeur ; tellement que les frais faits par celui-ci depuis la notification du désistement, resteraient à sa charge personnelle. L'acquiescement pur et simple que le défendeur donne à la demande formée contre lui termine pareillement le procès, et ce n'est cependant pas non plus une transaction proprement dite. Un tuteur peut bien, avec l'autorisation du conseil de famille, acquiescer à une demande formée contre le mineur (art. 464), tandis qu'il ne peut transiger valablement au nom de ce dernier qu'après y avoir aussi été autorisé par le conseil de famille, et, de plus, de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi, et la transaction n'est valable qu'autant qu'elle a été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du roi (art. 467). Les actes confirmatifs ou de ratification d'obligations contre lesquels la loi donnait à l'obligé l'action en nullité ou en rescision ont aussi pour effet de prévenir un procès, par la renonciation à l'action en nullité, et ni le Code ni la doctrine ne les confondent avec les transactions. Aussi faut-il, pour compléter la définition de cette dernière espèce d'acte, dire, avec les lois romaines, et leurs interprètes, que la transaction est une convention par laquelle les parties terminent une contestation déjà née, ou préviennent une contestation à naître, par l'abandon fait par chacun des contractans d'une partie de ses prétentions, ou par la promesse que l'un d'eux fait à l'autre de quelque

chose pour avoir le droit entier et désormais incontesté : *transactio, nullo dato, vel retento seu promisso, minimé procédit.* L. 38, Cod. *de Transact.* Au lieu que le désistement, l'acquiescement et l'acte de confirmation d'une obligation rescindable, ne supposent nullement ce sacrifice réciproque.

---

* 1 *Pigeau, Procéd., Liv.* 1, *Tit.* 2, *des Transactions.* } Transaction dérive du latin *transigere, transactum*, terminer, finir. Ainsi, on voit que ce mot désigne le principal objet de l'acte qu'il qualifie, puisque cet objet est de *terminer* et éteindre le procès.

La transaction est une convention, écrite ou judiciaire, par laquelle des parties préviennent ou terminent un procès, en sacrifiant ou modifiant, respectivement, ou seulement par une d'elles, toutes ou partie de leurs prétentions, sur un objet dont elles peuvent disposer.

La matière d'une transaction (c'est-à-dire, la chose qui fait l'objet de cet acte, et sans laquelle il ne seroit pas *transaction*) est une contestation existante ou à craindre, sur un objet dont les parties peuvent disposer.

Je dis : *sur une contestation existante ou à craindre* ; ainsi, toutes les fois qu'un acte est fait sans cette cause, ce ne peut être une transaction, quand même il en auroit la forme ; parce que la dénomination d'un acte ne dépend pas des parties, mais de l'espèce de convention qu'elles ont entendu faire par son moyen ; de là cette maxime du droit romain, qu'il faut considérer dans les actes plutôt ce qui est fait, que ce qui y est dit.

Ainsi, un acte de vente, de partage, de donation, ou autre, que l'on auroit mis sous la forme de transaction, pour lui donner plus de solidité, (parce que, comme on verra bientôt, il est plus difficile de renverser une transaction qu'un autre acte), ne seroit toujours qu'un acte de vente, etc., et n'auroit pas plus de force qu'un acte de cette espèce.

Il faut donc que la contestation soit existante ou à craindre au moment de l'acte ; par conséquent, s'il est fait sur une con-

[ARTICLE 1919.]

testation qu'on croyoit indécise, et qui se trouve avoir été décidée en dernier ressort à l'insçu des Parties, avant que cet acte fût passé, ce jugement ayant fait cesser le procès, il n'y avoit plus matière à transaction ; donc cet acte, manquant de ce qui fait son essence, est nul. Voyez Domat, *Loix Civiles*, Livre I, titre 13, sect. 2, § 7.

Mais si le jugement étoit sujet à l'appel, le procès n'étant pas encore fini, plusieurs pensent que la transaction vaudroit ; c'est aussi ce que décide la Loi 7, ff. de Trans. *Post rem judicatam, transactio valet, si, vel appellatio interceserit, vel appellare potueris*

Il n'est pas nécessaire que la prétention sur laquelle on transige soit bien fondée, pour faire la matière d'une transaction ; il suffit qu'il y ait, de la part de celui qui la soutient, une intention réelle, exécutée ou projettée, de la poursuivre, pour qu'il y ait lieu de craindre un procès et ses inconvéniens, et pour donner par conséquent une raison de les prévenir, en transigeant. S'il étoit nécessaire que cette prétention fût légitime, il n'y auroit presque pas de transaction solide : celui qui auroit acquiescé en tout ou partie à cette prétention, pourroit revenir, sur le prétexte qu'elle étoit mal fondée ; et il pourroit par-là faire revivre le procès que l'on vouloit éteindre.

La transaction est, comme nous l'avons dit dans la définition, un acte par lequel les Parties sacrifient ou modifient leurs prétentions ; or le sacrifice d'un droit, est une manière d'en disposer ; donc, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer.

1919. Ceux-là seuls qui ont la capacité légale de disposer des objets compris dans la transaction peuvent en transiger.

1919. Those persons only can enter into the contract of transaction who have legal capacity to dispose of the things which are the object of it.

[ARTICLE 1919.]

* *C. N.* 2045. } Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'article 467 au titre *de la Minorité*, *de la Tutelle et de l'Emancipation ;* et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre.

Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi.

---

* *C. L.* 3039. } Pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Le tuteur ou curateur du mineur, de l'interdit ou de l'absent ne peut transiger sans autorité de justice.

---

* *Cod. Liv.* 2, *Tit.* 4, *De trans.*, *L.* 36. } Si major annis vigintiquinque transegisti ; quamvis dari tibi placita repræsentata necdum probentur, nec offerant ii qui convenientur, ne quid ampliùs ab his exigi possit, exceptionis proficit æquitas.

S. 6 id. decemb. cc. Conss. 294. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Si, étant majeur de 25 ans, vous avez transigé ; quoique vos adversaires ne soient pas convaincus d'avoir exécuté la transaction, et qu'ils n'offrent pas de le faire, l'équité défend qu'on ne puisse exiger d'eux rien de plus.

Fait le 6 des ides de décembre, sous le consulat des Césars. 294. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1920.

[ARTICLE 1919.]

Zachariæ (*Massé et Vergé*), § 767. } Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des biens compris dans la transaction (1) : *Transigere est alienare* (2). Indépendamment des conditions générales de capacité requises, il y a encore des dispositions spéciales pour les transactions faites par certaines personnes, par exemple par les mineurs (3), art. 467, les communes et les établissements publics (4), et pour les transactions qui portent sur certains objets, art. 472 et 2045 (5). V. Pr., art. 1004 combiné avec l'art. 83.

La transaction n'est assujettie à aucune formalité extérieures. Cependant la preuve d'une transaction ne peut jamais être faite par témoins, même dans le cas où l'objet de la transaction est inférieur à 150 fr. (6), art. 2044, alin. 2.

(1) Duranton, 18, n. 407 et s.; Marbeau, n. 113; ainsi la transaction qui a pour objet un droit cédé, consentie après la notification de la cession de ce droit, au débiteur cédé, est nulle, Cass., 4 fév. 1807. V. aussi l'art. 1599. (Massé et Vergé.)

(2) [Bien que la transaction soit plutôt déclarative que translative de propriété, en ce sens qu'elle a pour but de reconnaître un droit préexistant que de créer un droit inexistant, cependant, comme elle comporte l'abandon d'une prétention ou d'un droit que l'on croyait avoir, elle emporte par cela même une disposition ou aliénation de ce droit. C'est dans ce sens qu'il est vrai de dire que celui qui transige aliène : *qui transigit alienat*. V. Merlin, *Rép.*, v° *Partage*, § 11; Troplong, n. 7 et s.; et 40.] (Massé et Vergé.)

(3) [V. *sup.*, § 221, notes 43 et s. — Sur la capacité de transiger du mineur commerçant, V. Massé, 6, n. 333. — Sur la capacité de la femme mariée, marchande publique, V. Massé, n. 334]. (Massé et Vergé.)

(4) V. un arrêté du 7 messidor an IX et du 12 frimaire an XII, le décret du 21 janvier 1812, et Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 6. (Massé et Vergé.)

(5) V. Pigeau, 1, p. 3 et s.; Marbeau, n. 40 et s.; Toullier, 4, n. 54; Troplong, n. 40 et s.] (Massé et Vergé.)

(6) L'art. 2044 dit : " Ce contrat doit être rédigé par écrit." Le sens de ces mots est controversé. Selon l'opinion adoptée dans le paragraphe, laquelle se fonde sur la règle d'interprétation établie au paragra-

[ARTICLE 1919.]

La nullité d'une transaction peut être demandée pour cause de dol et de violence, art. 2053, alin. 2, V. § 769.

On peut, en général, transiger sur toute espèce de droits

phe 540, l'article 2044 ne concerne que la preuve du contrat. D'autres auteurs veulent au contraire un acte écrit pour la validité du contrat, *ad formam negotii.* V. sur cette question Malleville et Delvincourt, sur l'art. 2044; Pigeau, 1, p. 10; Duranton, 18, n. 406; Marbeau, n. 11 et 202 et s.; Favard, v° *Transaction,* § 1, n. 7; Bruxelles, 1er déc. 1810; Cass., 7 juill. 1829. Mais il paraît certain que l'art. 2044 ne traite pas *de solemnitate,* mais seulement *de probatione transactionis.* Il en est de cet article comme l'art. 1341, dont la disposition, conçue en termes analogues s'occupe de même *non de solemnitate, sed tantùm de probatione.* On ne saurait d'ailleurs admettre, dans le doute, que la loi fasse dépendre la validité d'un contrat d'une formalité extérieure. — Il ne paraît pas douteux non plus que la disposition de l'art. 1347 ne soit également applicable aux transactions. Si, en effet, l'art. 2044 contient une dérogation à la règle de l'art. 1341, cette dérogation ne doit pas être étendue au delà de la portée qu'elle a d'après les termes de cet article: *Etenim lex specialis, quatenùs legi generali derogat, est strictissimæ interpretationis.* Or l'art. 2044 ne contient absolument rien qui puisse former obstacle à l'application aux transactions de l'art. 1347, qui doit être regardé comme une partie intégrante de l'art. 1341. Aussi la seule question sur laquelle il puisse s'élever quelques doutes est celle de savoir si l'art. 2044 ne fait que reproduire la disposition de l'art. 1341, ou s'il l'étend en même temps aux transactions dont l'objet est inférieur à 150 francs. Sur ce point, l'opinion suivant laquelle l'art. 2044 étend à cet égard la disposition de l'art. 1341 aux transactions dont l'objet est inférieur à 150 francs, paraît mériter la préférence, car, bien qu'une loi spéciale soit *strictissimæ interpretationis,* l'art. 2044 est pourtant conçu en termes trop précis et trop généraux pour qu'il y ait une raison suffisante d'en limiter la portée par application de cette règle. Cette opinion est encore confirmée par les arts. 1834 et 1923, qui, en faisant une application de l'art. 1341 à des contrats particuliers, distinguent expressément entre le cas où l'objet du contrat excède 150 francs et le cas où il est inférieur à cette somme; or, c'est là une distinction que ne fait pas l'art. 2044. [Il est d'abord certain que l'écriture n'est pas une condition essentielle de la transaction, et qu'elle n'est requise que pour la preuve du contrat, Merlin, *Quest.*, v° *Transaction,* § 8, n. 1; Delvincourt, 3 p. 136; Duranton, 18, n. 406; Troplong, n. 27. Il suit delà qu'une transaction verbale avouée a entre les parties la même force qu'une trans-

litigieux, notamment sur les dommages-intérêts résultant d'un délit (1) ; mais, dans ce cas, la transaction n'empêche pas la poursuite du délit par le ministère public (2), art. 2046 ; Instr. crim., art. 4.

On ne peut transiger :

1° Sur des droits qui ne peuvent jamais faire l'objet d'un

action écrite, *ibid.* Et comme il n'est pas nécessaire, pour qu'un aveu soit probant, qu'il soit pleinement volontaire, il nous semble certain que pour obtenir cet aveu on peut soit déférer le serment à la partie qui méconnait l'existence de la transaction, mêmes autorités ; Nancy, 29 juill. 1837, S.V., 39, 2, 140, et Limoges, 6 fév. 1845, S.V., 45, 2, 633. — *Contrà*, Troplong, n. 29, et Montpellier, 5 déc. 1825 ; ... soit la faire interroger sur faits et articles, Merlin et Duranton, *ubi sup.* ; et Bruxelles, 1er déc. 1810. — *Contrà*, Troplong, n. 31.—Mais des termes absolus de l'art. 2044, il résulte que lorsque la transaction verbale n'est pas avouée d'une ou d'autre manière, l'existence n'en peut être prouvée par témoins, alors même que son objet serait inférieur à 150 francs, Cass., 9 vent. an VIII ; Troplong, n. 27 ; et alors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit, Caen, 12 avril 1845, S.V., 46, 2, 168 ; Troplong, n. 30.— *Contrà*, Merlin, *ubi sup.* ; n. 3. V. cependant Cass., 17 mars 1825. — Toutefois, lorsque la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer une contestation commerciale, nous pensons que, constituant alors un acte essentiellement commercial puisqu'elle a pour but de régler des intérêts commerciaux en modifiant des obligations commerciales, on doit lui appliquer, en ce qui concerne sa preuve, les règles du droit commercial, et non celles du droit civil ; et que, par conséquent, elle peut être prouvée par témoins, Massé, 6, n. 332. — *Contrà*, Bordeaux, 5 fév. 1857, S.V., 57, 2, 575.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(1) On ne peut donc attaquer cette transaction sous l'unique prétexte qu'elle a été consentie dans la crainte d'une dénonciation. [Mais on ne peut transiger sur un délit non encore commis : ce serait une excitation à le commettre, Troplong, n. 60.] — Le mot délit doit être pris ici dans son sens le plus général, Favard, v° *Transaction*, § 11, n. 3 ; Duranton, 18, n. 400.— *Valet transactio de dolo*, Cass., 18 mai 1836, S.V., 36, 1, 457. [Puisqu'on peut transiger sur les conséquences d'un délit, on peut transiger sur celles d'un dol qui est souvent un délit, moins la peine, Troplong, n. 61.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(2) Mais cette transaction n'implique pas nécessairement l'aveu du délit, Delvincourt, sur l'art. 2046, [Troplong, n. 58.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

contrat, par exemple, sur la succession d'une personne vivante (1), art. 1130 ; sur les clauses d'un contrat de mariage, pendant la durée du mariage, art. 1395, V. cependant art. 279 ; sur la dissolution de la communauté de biens entre époux ; sur la restitution de la dot, lorsqu'elle est mise en péril, art. 1443 et 1563.

2° Sur des droits ou sur des biens qui sont hors du commerce, et par suite sur des contestations relatives à l'état des personnes, sur la filiation légitime d'un enfant, sur les droits de la puissance paternelle, sur la validité d'un mariage, sur le divorce ou sur la séparation de corps (2).

3° Sur les droits qui ne peuvent former l'objet d'une transaction, par suite d'une disposition spéciale de la loi, et, par conséquent, sur des aliments, sauf le cas où la transaction ne concerne que la manière dont l'obligation de fournir des aliments doit être accomplie par celui à qui elle est imposée par la loi (3), Pr., art. 1004 et argument de cet article ; art. 581.

Lahaie sur art. 2045 *C. N.* } (Voir Marbeau, Traité des transactions.) *Albisson*, rapport au Tribunal, 19 mars 1804.—Le mineur est incapable de contracter, et son intérêt

(1) [V. *sup.*, § 377, note 4, et § 616, notes 8 et s.] (Massé et Vergé.)

(2) Mais, après la dissolution du mariage, les parties peuvent transiger sur leurs intérêts pécuniaires, V. Merlin, *Rép.*, v° *Transaction ;* [Troplong, n. 89 et s.] (Massé et Vergé.)

(3) Vazeille, *Du contrat de mariage*, 2, n. 520 ; Pigeau, 1, p. 8. D'autres auteurs exceptent aussi de la règle les aliments échus, V. Delvincourt, 3, p. 247. D'autres permettent d'une manière générale de transiger sur des aliments, Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8. [Nul doute que l'on ne puisse transiger sur des aliments échus et sans lesquels le créancier a pu vivre, Duranton, 18, n. 403 ; Troplong, n. 93. Quant aux aliments futurs, il faut distinguer : s'ils sont dus en vertu d'un titre naturel, on ne peut y renoncer d'avance, et par conséquent transiger sur le droit de les réclamer ou de les percevoir. V. *sup.*, § 131, note 33. Mais s'ils sont dus par contrat, par donation ou par testament, nous ne

peut exiger qu'il termine ou prévienne un procès, ce qu'il ne peut faire que par le ministère de son tuteur.—D'un autre côté, le tuteur est comptable de son administration au mineur devenu majeur, et il ne peut cesser de l'être qu'après avoir rendu son compte en la forme légale.—Cependant, l'espèce d'ascendant que lui a donné la tutelle, sur l'esprit de son mineur, pourrait, même après l'expiration de son pouvoir, le porter à abuser de sa confiance. La loi sur les tutelles a pourvu à l'un et l'autre cas, en statuant que le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi ; et enfin, que le tuteur ne pourra faire avec le mineur devenu majeur aucun traité valable, qu'il ne soit précédé, dix jours au moins à l'avance, de la reddition du compte et de la remise des pièces justificatives.

(Voy. Delvincourt, t. 2, n. 4, p. 209.)

Favard, transaction, § 1, n. 3.—Le mineur peut-il, avec l'assistance de son curateur, transiger sur un capital mobilier ? L'affirmative résulte de l'art. 482 du code, puisque, dans ce cas, il autorise l'émancipé à *recevoir et à donner décharge* du capital.

Dalloz, transaction, sect. 1, n. 5.—Un procureur ou un mandataire, même général, a-t-il le droit de transiger au nom de son mandant ? La négative résulte clairement de

voyons pas de motif sérieux pour que ces aliments qui sont cessibles, Cass., 31 mai 1826, et 1er avril 1844, S.V., 44, 1, 469, ne puissent faire l'objet d'une transaction, Troplong, n. 97.—*Contrà*, Nîmes, 18 déc. 1822.] —Le droit français n'a point adopté la défense faite par le droit romain de transiger sur des legs *nondum inspectis tabulis*, L. 6, Dig. *De transact.*, Merlin, *Rép.*, vº *Transaction*, § 2, n. 3. — Une transaction passée sur un contrat entaché d'usure est valable à moins qu'elle ne soit elle-même entachée du même vice. V. Duranton, 18 n. 404 ; Cass., 29 mai 1828 ; Bordeaux, 17 déc. 1827 ; Cass., 23 juin 1830 ; Cass., 21 nov. 1832. S.V., 33, 1, 95 ; 22 janv. 1833, S.V., 33, 1, 98 ; 31 déc. 1833 ; S.V., 34, 12, 104 ; 9 fév. et 16 nov. 1836, 36, 1, 88 et 960. (Massé et Vergé.)

l'art. 1988 du Code civil, à moins que la procuration ne confère expressément ce pouvoir au mandataire.

Sect. 2, n. 5.—Peut-on transiger sur une pension alimentaire ? — Les lois romaines faisaient à cet égard une distinction qui nous parait fondée en raison. S'agissait-il d'alimens qui provenaient d'un contrat ? La transaction était valable. S'agissait-il, au contraire, d'alimens donnés par une disposition de dernière volonté ? Le contrat était nul, à moins qu'il n'eût été homologué par le juge, s'il avait pour objet des alimens à venir, à la différence des arrérages échus, qui pouvaient toujours faire la matière d'une transaction (*vid.*, *leg.* 8, *ff.*, *de trans.*)—Cette opinion reçoit une nouvelle force de la combinaison de plusieurs dispositions du Code de procédure, et notamment des art. 582 et 1004.—Toutefois, MM. Merlin, R., v. *alimens*, § 8 ; Carré, sur l'art. 1004 du Code de procédure ; Rolland de Villargues, enseignent que la défense de compromettre, exprimée dans l'art. 1004, sur les dons et legs d'alimens, n'emporte pas celle de transiger.

Rolland de Villargues, v. transaction, n. 29.—On peut transiger sur une question d'état, quoiqu'une pareille question ne puisse être l'objet d'un compromis. (*Leg. ult.*, *Cod.*, *de transact. ; leg.* 32, § 7, *ff*, *de receptis.*)

N. 30.—On peut transiger sur une pension alimentaire.

Duranton, t. 18, n. 407.—Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal ne peut, même avec l'autorisation de son mari, renoncer par une transaction à des droits sur des biens compris dans sa dot, à moins que ces biens n'aient été déclarés aliénables. Il est même douteux que la justice puisse l'autoriser à transiger sur de tels droits. Cependant, comme l'intérêt de la femme, en beaucoup de cas, réclamerait une transaction plutôt que d'être exposée aux chances d'un procès, nous pensons que celle qui serait faite avec l'autorisation de la justice serait inattaquable.

A. Dalloz, transaction, n. 12.—D'où il suit que la capacité nécessaire pour transiger est relative à la qualité de la personne et à l'objet même de la transaction.

[ARTICLE 1919.]

Peuvent transiger, la femme mariée sous le régime dotal et séparée de biens, sur ses paraphernaux ou sur son mobilier (art. 1449) : le mineur émancipé, sur les objets de simple administration (art. 481) ; la personne placée sous l'assistance d'un conseil judiciaire, sur les objets dont elle pourrait disposer sans l'assistance de ce conseil (article 513. Duranton, t. 18, n. 409.)

(Voir art. 1130, 1554, 2220, 1388 du Code civil ; loi du 6 messidor an 3 ; décret du 22 décembre 1812.)

---

* 18 *Duranton*, *Tit.* 15, *n°* 407, 410. } 407. Pour pouvoir transiger, il faut pouvoir disposer de l'objet compris dans la transaction (art. 2045).

Par conséquent la femme mariée sous le régime dotal ne peut, même avec l'autorisation de son mari, renoncer, par une transaction, à des droits sur des biens compris dans sa dot, si ces mêmes biens n'ont pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage ; et il ne paraît même pas que la justice puisse l'autoriser à transiger sur de tels droits, car les dispositions du Code qui permettent, par exception, et avec l'autorisation du juge, l'aliénation des biens dotaux en certains cas, ne comprennent point celui de transaction. Cependant, comme les actes de cette nature sont dignes de faveur, et que l'intérêt de la femme, en beaucoup de cas, réclamerait une transaction plutôt que d'être exposé aux chances incertaines d'un procès, il est à croire que celle qui serait faite avec l'autorisation de la justice serait inattaquable.

Au surplus, si la femme, d'ailleurs dûment autorisée de son mari ou de justice, avait, au contraire, par la transaction, conservé des biens dotaux, en payant à l'autre partie quelque somme ou quelqu'autre chose non comprise dans sa dot, elle ne pourrait évidemment demander la nullité du traité, puisqu'elle n'aurait nullement par là aliéné des biens dotaux, quoique la transaction ait porté sur de tels biens ; et dans

aucun cas celui qui a transigé avec la femme, ou les deux époux, relativement à des biens dotaux, ne peut demander la nullité de l'acte. Cette nullité peut seulement être invoquée par la femme, le mari ou leurs héritiers (art. 225 et 1125).

408. Toujours de notre règle, que, pour pouvoir transiger, il faut être capable de disposer des objets compris dans la transaction, il suit aussi que les mineurs, les femmes mariées non dûment autorisées, les interdits et les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, ne peuvent, en général, transiger valablement, en ce sens que si la transaction leur est désavantageuse, ils peuvent en demander la nullité, soit par voie d'action, soit par voie d'exception ; mais ceux qui ont traité avec eux ne peuvent se prévaloir de la nullité (art. 1125). La nullité est relative : seulement, si l'incapable veut que la transaction subsiste, il doit l'exécuter de son côté dans toutes ses dispositions ; il ne peut pas en scinder les effets.

La personne qui aurait cautionné l'incapable ne pourrait non plus se prévaloir de la nullité (art. 2012). Elle paierait, à titre de dommagesintérêts, à l'autre partie, une somme égale au préjudice qu'éprouverait cette partie à raison du défaut d'exécution de la transaction de la part de l'incapable.

409. Au surplus, la femme séparée de biens pouvant disposer de son mobilier et l'aliéner sans avoir besoin pour cela d'être autorisée (art. 1449), on ne doit pas douter qu'elle ne puisse, par la même raison, valablement transiger sur un objet mobilier.

Un mineur commerçant, par conséquent un mineur émancipé (art. 2 du Code de comm.), peut de même transiger sur une contestation relative à son négoce. Nous en disons autant de tout mineur émancipé, relativement aux objets compris dans la simple administration des biens, par exemple sur des fermages ou autres revenus, surtout s'il était assisté de son curateur.

Même décision à l'égard de la personne placée sous l'assistance d'un conseil judiciaire, transigeant sur des objets dont elle pourrait disposer sans avoir besoin pour cela d'être assistée du conseil ; par exemple sur des loyers, sur une vente de denrées provenant de ses récoltes, avec un ouvrier qui a fait quelques réparations à une de ses maisons, etc.

En effet, le mineur émancipé et l'individu placé sous l'assistance d'un conseil touchent leurs revenus sans avoir besoin d'être assistés du curateur ou du conseil ; ils peuvent, seuls, vendre leurs denrées et en toucher le prix ; ils ont par cela même la disposition des sommes en provenant, non pas, sans doute, en ce sens qu'ils puissent en faire des donations en forme, mais en ce sens qu'ils peuvent les faire servir à leurs besoins, et, de fait, les dissiper. Comment, d'après cela, la transaction faite par eux sur de semblables objets serait-elle nulle ? Nous ne pouvons le penser. C'est d'ailleurs ce que l'orateur du Gouvernement a formellement déclaré au sujet du mineur émancipé : " La capacité nécessaire " pour transiger, disait-il, est relative à l'objet de la transac- " tion. Ainsi le mineur émancipé pourra transiger sur les " objets d'administration qui lui sont confiés, *et sur ceux* " *dont il a la disposition*."

Mais faut-il conclure de ces dernières expressions que, avec l'assistance de son curateur, il pourrait transiger sur un capital mobilier ? De ce qu'il a la capacité de recevoir un capital et d'en donner décharge avec l'assistance de son curateur, il n'a pas pour cela la capacité d'en disposer, puisqu'au contraire la loi prescrit au curateur de surveiller l'emploi des deniers (art. 482), ce qu'elle ne dit pas à l'égard des simples revenus. La transaction n'est point un acte de simple administration, et quant aux actes qui ne sont pas de cette qualité, l'article 484 veut que le mineur ne puisse les faire sans observer les formalités prescrites au mineur non émancipé : d'où nous concluons que, pour que la transaction soit valable à son égard, il faut l'autorisation du conseil de famille, donnée d'après l'avis de trois jurisconsultes, dési-

gnés par le procureur du roi, et que la transaction soit homologuée par le tribunal, sur les conclusions du ministère public. Si l'on songe que la fortune d'un mineur émancipé peut consister en totalité ou en très-grande partie en créances ou droits mobiliers, on ne sera point étonné de cette décision. D'après la loi du 24 mars 1806, il est même besoin de l'avis du conseil de famille pour transférer une inscription de rente sur l'Etat excédant cinquante francs de revenu, soit que le mineur créancier soit émancipé ou non : l'assistance du curateur ne suffit pas pour cela ; or, comment pourrait-elle suffire pour opérer une transaction dont les conséquences pourraient être si funestes au mineur ? M. Favard de Langlade, dans son Répertoire, au mot *transaction*, est d'un avis contraire au nôtre, mais nous croyons que c'est par une fausse application des articles 482, 484 et 487, sur lesquels il se fonde.

410. Quant au tuteur, il ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'article 467 ; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 (art. 2045).

---

* 17 *Guyot*, *Rép.*, *v° Trans.*, § 1. } Toute personne qui est capable de contracter, l'est aussi de transiger.

Comme on peut contracter par le ministère d'autrui, on peut aussi transiger de même. Voyons donc qui sont ceux qu'on doit regarder comme revêtus d'un pouvoir suffisant pour transiger au nom d'un tiers.

D'abord, un tuteur peut-il transiger sur un procès concernant les intérêts de son pupille ? Il y a plusieurs textes qui décident expressément qu'il le peut : ce sont la loi 46, §. dernier, D. *de administratione et periculo tutorum ;* la loi 54, §. dernier ; la loi 56, §. 4, D, *de surtis ;* et la loi 35, D, *de jurejurando.* Mais cette décision doit être restreinte au cas où la Transaction ne dépossède pas le pupille d'une chose

dont l'aliénation excède le pouvoir d'un tuteur. Car la nullité d'une Transaction par laquelle un tuteur, sans avis de parents ni décret de justice, abandonne un immeuble dont son pupille étoit en possession de fait et de droit, n'a jamais fait la matière d'un problême. Transiger, c'est aliéner, dit la loi 1, §. 9, D. *si quid in fraudem patroni;* par conséquent, pour délaisser par Transaction un objet dont l'aliénation doit être accompagnée de certaines formalités, il faut, autant qu'il est possible, employer les mêmes formalités que s'il s'agissait d'aliéner : or, un tuteur ne peut aliéner qu'avec avis de parens et décret de justice ; il ne peut donc pas non plus transiger sans s'être mis en règle sur l'un et sur l'autre point : aussi en trouvons-nous une décision expresse dans la loi 4, C. *de prœdiis minorum.*

Ce qu'on dit d'un tuteur, il faut également le dire des administrateurs qui en tiennent lieu. La loi 12, C. *de Transactionibus*, décide que les échevins d'une ville peuvent transiger, et que s'ils le font de bonne foi et sur un procès vraiment douteux, la transaction doit tenir. On conçoit aisément que cette décision doit être modifiée par l'esprit de la loi 4, C. *de prœdiis minorum*, c'est-à-dire, que s'il s'agissait d'abandonner par une Transaction un bien ou droit immobilier dont la ville ou communauté seroit en possession, les administrateurs ne pourroient le faire de leur chef, et qu'il leur faudroit pour cela, non-seulement un pouvoir exprès du corps qu'ils sont chargés de défendre, mais encore une autorisation particulière du juge.

---

* *Brodeau sur Louet, Let. C. p.* 167, *n°* 4. } C'est une règle et maxime certaine, que celui qui n'a pas le pouvoir d'aliéner, ne peut compromettre, parce que le compromis est un préparatoire à l'aliénation, comme il est remarqué par *Anton. de Butrig. Abbas*, *Jo. Andr.* et tous les Canonistes, *cap. cum tempore ex de arbitr.* et autres anciens Docteurs citez par *Decius*, *consil.* 39, *num.* 4. *consil.* 44, *num.* 2,

consil. 282, *num.* 3, *consil.* 309, *n.* 1, *consil.* 475, *num.* 41, et *consil.* 479, *num.* 4. *Molin. d. consil.* 39, *verbo regulam, et d. consil.* 282, *verbo compromissum, et d. cap.* 5, *de arbit. Tiraq. tract. de legib. connubial.*

---

* 1 *Pigeau, Procéd., Liv.* 1, *Tit.* 2, *des Transations.* } Tout cela résulte de l'Ordonnance de Charles IX, de 1560, qui ne déclare les transactions inataquables, que lorsqu'elles *sont passées entre.........majeurs d'ans, pour les choses qui sont en leur commerce et disposition.* La loi exige cette majorité, outre la liberté de disposer, parce qu'avant cet âge, l'esprit n'étant pas ordinairement à sa maturité, le mineur n'est pas censé avoir le discernement nécessaire pour s'engager sans retour, comme on le fait par une transaction, qui, comme on l'a déjà dit, ne peut être rescindée pour lésion.

Des circonstances pourroient cependant faire fléchir la règle : tel seroit le cas où le sacrifice fait par un mineur émancipé, ne seroit pas considérable, et seroit compensé par la délivrance d'un procès, long, dispendieux et incertain, qui exigeroit des peines, de fausses dépenses et la perte de bien du temps.

Il y a encore d'autres obstacles à la transaction, que le défaut de majorité et de capacité de disposer. Ces obstacles peuvent venir, ou de la part des parties, ou du côté de l'objet sur lequel on veut transiger.

Obstacles qui s'opposent à la transaction, et qui proviennent des Parties.— Puisque la transaction est un sacrifice de ses intérêts, un administrateur (comme un tuteur, un mari pour sa femme, etc.,) ne peut en passer une, et s'il le faisoit, elle n'engageroit en rien celui pour qui il l'auroit souscrite, à moins qu'il n'y eût été autorisé par justice : c'est le parti que prend un tuteur, lorsqu'il voit qu'il sera utile de le faire pour son pupille. Il assemble la famille devant le juge, expose les circonstances qui lui font trouver un avantage à transiger ; et, sur l'avis de cette famille, le juge l'y autorise, s'il le croit convenable. Mais ce tuteur et tout administra-

teur n'en a pas besoin, toutes les fois que par la transaction il fait le bien de son administration.

De ce principe, qu'il faut, outre la majorité, avoir la libre disposition d'une chose pour pouvoir transiger, il suit, 1° qu'une femme qui ne s'est pas réservé la jouissance et l'administration de ses biens, ne peut transiger sur ces objets, sinon avec l'autorisation de son mari ; et s'il la refuse, elle se pourvoit devant le juge, qui peut l'autoriser à le faire, suivant que les circonstances l'exigent ; il doit fixer les limites du pouvoir qu'il lui donne. Le mari, qui doit être appelé, peut s'opposer à cette autorisation, et si le juge trouve ses raisons valables, il la refuse.

2° Qu'un interdit ne peut transiger sur l'espèce de biens dont la disposition lui est ôtée par son interdiction : par conséquent, si on ne lui a interdit que la faculté de disposer de ses immeubles, il pourra transiger sur son moblilier et ses revenus, etc.

Obtacles à la transaction provenant de l'objet.— Ces obstacles viennent, 1° de ce que l'objet est hors du commerce, 2° de ce que la cause de la propriété de l'objet résiste à la transaction, 3° enfin de ce que l'intérêt public s'oppose à cette transaction.

Premier obstacle. Les objets qui sont hors le commerce, ne pouvant faire la matière d'une convention,ne peuvent être la matière d'une transaction qui est une espèce de convention.

Deuxième obstacle. Quelquefois le titre de propriété d'un objet résiste à ce que celui à qui il appartient, puisse en disposer à son gré : alors, il ne peut le diminuer par une transaction. On voit un exemple de ceci dans la Loi 8, ff. *de Trans.* qui veut que celui à qui on a légué une pension alimentaire, en argent ou en fruits, un logement, ou de quoi se vêtir, ne puisse diminuer ce qui lui est légué, si ce n'est avec la permission du juge, accordée en connoissance de cause. (Mais il peut transiger sur ce qui est échu.)

La raison de cette loi est qu'ordinairement ces choses sont léguées à des personnes de peu de conduite, qui préfére-

roient aisément à une continuelle utilité, nne somme modique payée comptant, pour employer à leurs folles dépenses.

Le juge cependant peut permettre cette transaction ; mais cette loi lui prescrit de considérer trois choses, 1° la cause qui porte les parties à transiger ; 2° ce que l'on donne à celui à qui est fait le legs ou la donation : 3° enfin, les personnes qui veulent transiger.

Première chose à considérer. La cause. Car, dit cette loi, le préteur ne doit pas recevoir une transaction, lorsque les parties n'ont aucune cause de la faire : les causes ordinaires sont :

1° Que celui qui doit la pension et celui à qui elle est due sont éloignés l'un de l'autre.

2° Que l'un et l'autre se préparent à changer de domicile, de manière qu'ils seront éloignés.

3° Que celui à qui la pension est due a un pressant besoin d'agent, comme pour le délivrer de prison, d'où il ne peut sortir par la cession, ni aucun moyen de droit.

4° Si les aliments sont donnés par plusieurs, et qu'il lui soit difficile de les réunir, pour s'en faire payer en même temps.

Deuxième chose. Ce que l'on donne à celui à qui est fait le legs ou la donation.

Il faut considérer la valeur de l'objet que celui qui doit la pension offre pour s'en délibérer ; s'il peut donner le même produit, remplir enfin d'une manière équivalente, l'intention de celui qui l'a constituée.

Lorsque c'est une somme, et que celui à qui la pension est due, n'a pas un besoin pressant d'argent, le juge doit en ordonner l'emploi, pour assurer la conservation des aliments à celui à qui ils sont donnés.

Troisième chose à considérer. Les personnes qui veulent transiger.

On doit considérer la conduite de celui à qui les aliments sont légués : s'il se comporte bien, et est incapable de faire

mauvais usage du rachat de la pension, on doit le lui confier, *et contrà vice versâ.*

Troisième obstacle. Les parties ne peuvent disposer que de ce qui leur appartient, comme l'avons déjà dit : ainsi, elles ne peuvent transiger sur ce qui regarde l'intérêt public. Un homme et une femme qui se prétendroient mariés illégalement, ne pourroient donc casser leur mariage, en faisant une transaction, pour en prévenir ou éteindre la demande en nullité : car les mariages sont de droit public ; s'il étoit permis aux époux de se séparer sous prétexte de cette nullité, il n'y en auroit pas qui ne fût en danger d'être dissous ; et l'on tomberoit à chaque instant dans les inconvénients qui résultent de cette dissolution.

Chap. II. *Quel but les Parties se proposent en transigeant.*— Le but que les parties se proposent en transigeant, est comme nous l'avons dit dans la définition, de prévenir ou terminer un procès sérieux.

Prévenir ; car il n'est pas nécessaire qu'il y ait une contestation portée en justice : il suffiit, comme nous l'avons dit dans le chapitre précédent, qu'il y ait intention, de la part d'une personne, de poursuivre une prétention quelconque, pour que les parties puissent se garantir des inconvénients des procès par un accord.

Aussi, la loi dernière, au digeste, *de Trans.* parlant de ce qui peut être l'objet des transactions, dit-elle, *litigiis jam motis et pendentibus seu postea....movendis.*

Ou terminer ; car la transaction sert aussi à terminer à l'amiable un procès commencé. Ainsi, elle est un des moyens propres à éteindre une instance : c'est pourquoi nous la rappellerons, en traitant de ces moyens, à la fin de l'instruction, seconde partie du livre II.

Chap. III. *Par quel moyen les Parties parviennent-elles au but qu'elles se proposent.*—Les parties parviennent à éteindre ou terminer un procès, en sacrifiant ou modifiant, respectivement, ou seulement par une d'elles, leurs prétentions.

En sacrifiant. Il arrive quelquefois qu'une partie sacrifie

toutes ses prétentions, comme lorsqu'elle les trouve mal fondées, que l'objet ne mérite pas les soins et les inquiétudes d'un procès, que le droit est certain, que ceux contre qui elle réclame sont hors d'état de la satisfaire, etc.

Ou modifiant. C'est ce qui arrive le plus ordinairement. Une partie abandonne une portion de ses prétentions, ou en tempère la rigueur, et se réserve les autres.

Respectivement. Cela n'arrive que lorsque les parties ont des prétentions respectives ; par exemple, quand Paul demande une somme à Pierre ; que celui-ci prétend qu'il ne la doit pas toute entière, qu'il faut faire un compte, et qu'au surplus, Paul de son côté lui doit une autre somme dont il doit être fait compensation : il y a des prétentions respectives que l'on peut terminer par une contestation qui accordera ou modérera la somme que demande Paul, et celle que Pierre prétend compenser.

Ou seulement par une d'elles. Quand il n'y a de prétentions que de la part d'une partie, le sacrifice ou la modification ne peut venir que d'elle. Tel est le cas où Paul ayant demandé une somme qu'il prétend lui être due par Pierre, transige avec lui, en abandonnant sa prétention, ou se restreignant à une moindre somme.

1920. La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

1920. Transaction has between the parties to it the authority of a final judgment (*res judicata*).

---

* *C. N.* 2052. } Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.

[ARTICLE 1920.]

* *Cod. Liv.* 2, *Tit.* 4, *De transact.*, *L.* 20. } Non minorem auctoritatem transactionum, quàm rerum judicatarum esse, rectâ ratione placuit ; si quidem nihil ita congruit fidei humanæ, quàm ea quæ placuerant, custodiri : nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secundâ horâ noctis intercessisse proponas, cùm nullum tempus sanæ mentis majoris vigintiquinque annis consensum repudiet.

S. 4 calend. octob. ipsis AA. Conss. 293. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } La raison veut que les transactions n'aient pas moins d'autorité que la chose jugée ; rien en effet ne fait autant d'honneur aux hommes que l'observation de leurs conventions : et il ne suffit pas pour rescinder le pacte, que vous alléguiez qu'il a été passé dans la deuxième heure de la nuit, parce que tous les temps sont propres à recevoir le consentement d'un majeur de 25 ans qui jouit de sa raison.

Fait le 4 des calendes d'octobre, sous le consulat désigné ci-dessus. 293. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

Zachariæ (Massé et Vergé), § 768. } 1° Les transactions ont l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, de la même manière qu'un jugement qui aurait mis fin à la contestation (1) : *Exceptio litis per transactionem finitæ*, art. 2044 et 2052, alin. 1.

Par suite de cette analogie, l'exception de la chose jugée résultant d'une transaction n'a d'effet qu'autant que l'instance dans laquelle elle est invoquée se trouve engagée entre les

(1) [On a fait remarquer avec raison qu'il n'y avait pas une complète analogie entre l'autorité des transactions et l'autorité des jugements, les transactions ayant tantôt plus, tantôt moins de force que les jugements, puisqu'elles ne peuvent pas être attaquées par les mêmes voies que les jugements, et que, d'un autre côté, elles sont sujettes à des causes de nullité par lesquelles les jugements ne sont pas atteints. V. Troplong, n. 129 et s.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

parties qui ont transigé, et en la même qualité (1), art. 1351. Si donc, par exemple, l'une des parties, après avoir transigé sur un droit qui lui appartenait de son chef, vient à acquérir ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, elle n'est pas, quant au droit nouvellement acquis, liée par la transaction (2) antérieure, art. 2050.

De même, la transaction faite par l'une des parties au cours d'une instance ne lie pas les autres parties en cause et ne peut être invoquée ni par elles ni contre elles (3), art. 2051.

Par suite encore de la même analogie entre la transaction et le jugement, l'exception de la chose jugée résultant d'une transaction ne peut être invoquée qu'autant que la nouvelle contestation porte absolument sur le même objet que celle qui a été terminée par la transaction. Sous ce rapport les transactions doivent être interprétées restrictivement et renfermées dans l'objet auquel elles s'appliquent littéralement. Ainsi, alors même que la transaction porte que les parties renoncent à tous leurs droits, actions et prétentions, ces expressions ne doivent néanmoins s'entendre que des droits relatifs aux objets compris dans la transaction; et on

(1) Mais les héritiers et ayants droit des parties forment une seule et même personne avec leurs auteurs. V. art. 1165, et Marbeau, n. 263; [Troplong, n. 122.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(2) L. 9, Pr., Dig., *De transactione.*

(3) Ainsi, la transaction faite par un débiteur solidaire ou avec l'un des créanciers solidaires ne nuit ni ne sert aux autres, Delvincourt, 3, p. 247; Duranton, 18, n. 417 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 4, n. 3. [Cela n'est pas exact: si la transaction ne peut pas nuire à ceux qui ont un intérêt solidaire, elle peut leur profiter. C'est ainsi que la décharge accordée par transaction à un débiteur solidaire profite aux autres, parcequ'il n'y a qu'une seule dette qui se trouve réduite de la part de celui à qui la décharge est accordée, Marbeau, n. 263; Duranton, 18 n. 420; Troplong, n. 126. C'est seulement quand l'intérêt des tiers est connexe, sans être solidaire, que la transaction faite avec l'un ne profite pas à l'autre, Troplong, n. 123, V. *sup*,, § 528, n. 12.] V. aussi, Cass., 25 nov. 1834, S.V., 33, 1, 664. (MASSÉ ET VERGÉ.)

ne peut considérer comme compris dans la transaction que les objets sur lesquels il était dans l'intention des parties de transiger, conformément à leurs déclarations expresses, formulées dans le contrat, ou d'après les conséquences qui dérivent nécessairement de ces déclarations (1), art. 2048 et 2049.

2° Les parties qui ont transigé doivent accomplir les prestations auxquelles elles se sont engagées l'une envers l'autre. Celle des parties qui ne satisfait point à cette obligation doit indemniser l'autre partie du dommage qu'elle lui cause par l'inexécution de ses engagements. Les parties peuvent même, pour s'assurer l'exécution de la transaction, stipuler une peine contre celui qui manquerait de l'exécuter : les effets de cette stipulation doivent se déterminer d'après les principes relatifs aux clauses pénales (2), art. 1227 et s., et art. 2047.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 4. V. comme exemple d'applications de ces articles à des cas particuliers, Cass., 17 nov. 1812, 15 fév. 1815, 24 nov. 1832, S.V., 33, 1, 237. — [Il est à remarquer au surplus qu'en matière de transactions, comme en matière de conventions, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'interprétation. L'arrêt qui interprète une transaction ne peut donc donner ouverture à cassation, comme violant l'autorité de la chose jugée que la loi attache aux transactions, Duranton, 18, n. 396; Troplong, n. 116 ; Cass., 21 nov. 1832, S.V., 33, 1, 95; 31 déc. 1835, S.V., 36, 1, 189; 12 avril 1837, S.V., 37, 1, 1007; 20 juin 1841, S.V., 42, 1, 791 ; 20 avril 1857, S.V., 57, 1, 694. Et il en est ainsi, suivant ce dernier arrêt, alors même que la transaction aurait été homologuée par jugement, cette homologation ne changeant pas la nature de la transaction et ne la convertissant pas en une décision judiciaire : et, en effet, l'homologation n'a d'autre effet que d'habiliter les contractants, mineurs ou autres incapables, et de les rendre capables de transiger. — Il est certain d'ailleurs qu'en matière de transactions, comme en matière de conventions ordinaires, les juges ne peuvent rechercher par voie d'interprétation le sens du contrat que lorsque ce sens est obscur ou douteux, Cass., 21 janv. 1835, S.V., 35, 1, 105, et 6 juill. 1836, S.V., 36, 1, 926.] (Massé et Vergé.)

(2) L'art. 2047 ne s'applique qu'au cas où les prestations promises ne sont pas fournies, et non au cas où l'une des parties entame ou continue un procès, malgré la transaction : une peine ne peut jamais être stipulée

[ARTICLE 1920.]

La transaction donne ouverture à une action en garantie au cas d'éviction de la chose cédée pour prix de la renonciation d'une des parties à ses prétentions, mais non au cas d'éviction de la chose litigieuse elle-même (1).

Lahaie sur art. 2052 C. N. } *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 13, sect. 2, n. 5.—Les transactions ne sont pas résolues par la lésion que suoffre l'un des contractans, en donnant plus qu'il ne pouvait devoir, en recevant moins que ce qui lui était dû, si ce n'est qu'il y eût dol ; car on compense ces sortes de pertes avec l'avantage de finir un procès, et de prévenir l'incertitude de l'événement. Il est de l'intérêt public de ne pas donner d'atteinte aux transactions par des lésions dont l'usage serait trop fréquent.

pour ce dernier cas, art. 6 et art. 1133. V. aussi Delvincourt sur cet art. 2047 ; Marbeau, n. 178 et s. [Cette distinction ne nous semble pas devoir être admise : l'art. 2047 permet de stipuler une peine contre celui qui manquera d'exécuter la transaction. Or, on manque de l'exécuter aussi bien en faisant le procès qu'elle avait pour but d'empêcher ou de terminer, qu'en omettant de fournir les prestations convenues.] — La clause pénale doit, dans le doute, être étendue au cas de simple retard dans l'exécution de la transaction, V. art. 1229. V. aussi Toullier, 6 n. 830 ; Duranton, 15, n. 345. [C'est-à-dire qu'on pourrait, dans ce système, demander, en même temps, le principal et la peine, en d'autres termes, poursuivre à la fois la peine et l'exécution de la transaction. Nous croyons que cela dépend des termes de la stipulation, et qu'il faut appliquer ici la règle établie par l'art. 1229, sur les clauses pénales en général, qui veut qu'on ne puisse demander à la fois le principal et la peine qu'autant que la peine a été stipulée pour le simple retard —Celui qui a payé la peine n'en est pas moins recevable à attaquer la transaction. S'il gagne, la transaction en vertu de laquelle il a payé étant annulée, la peine devra lui être restituée . s'il perd, il aura bien payé et la transaction devra être exécutée, Troplong, n. 105 et s.] (Massé et Vergé.)

(1) Pothier, *De la vente*, n. 645 et s. ; Marbeau, n. 175 ; Rolland de Villargues, v° *Transaction*, n. 82 ; L. 33, C. *De transact.* [C'est là une application de la règle que la transaction est déclarative et non translative de propriété. V. *sup.*, § 767, note, 2.] (Massé et Vergé.)

N. 9.—Les transactions ont une force pareille à l'autorité de la chose jugée, parce qu'elles tiennent lieu d'un jugement d'autant plus ferme, que les parties y ont consenti, et que l'engagement qui délivre d'un procès est tout favorable.

Pothier, Traité des obligations, n. 36.—Il en est ainsi, quelque énorme que soit la lésion.

Bigot-Préameneu, exposé des motifs au Corps législatif, 15 mars 1804.—Les transactions se font sur une contestation née ou à naître, et les parties ont entendu y balancer et régler leurs intérêts. C'est donc un jugement que les parties ont prononcé entre elles ; et lorsqu'elles se sont rendu justice, elles ne doivent plus être admises à s'en plaindre. C'est l'irrévocabilité de la transaction qui met ce contrat au rang de ceux qui sont les plus utiles à la paix des familles et à la société en général.

D'ailleurs, dans la transaction, tout était incertain avant que la volonté des parties l'eût réglée, et on ne peut pas déterminer à quel point il était convenable à chacune des parties de réduire sa prétention, ou même de s'en désister.

Gillet, discours au Corps législatif, 20 mars 1804.—Quoique l'erreur de droit puisse être, en certains cas, un motif de casser les jugemens, elle n'en est pas un de rescindre les transactions. L'objet de la justice est d'imposer silence aux passions ; et c'est pour cela que sa mesure doit être exacte. Le but des transactions est de rapprocher les sentimens, et c'est pour cela que leur mesure est flexible.

(Voy. Procès-verbal du Conseil d'Etat, 6 mars 1804.)

Hua.—Mais si les parties n'ont point renoncé au recours en cassation, la décision arbitrale peut être attaquée par cette voie, pour cause de nullité dans l'instruction, ou fausse application de la loi.

Favard, transaction, § 4, n. 7— Mais si à la lésion se joint la faveur de la minorité, la rescision peut avoir lieu suivant les lois 1 et 2 au code, *si adversùs transactionem ;* et l'art. 1305 du Code civil semble dire la même chose.

Dalloz, transaction, sect. 2, n. 15.—Ainsi, une transaction

sur une erreur de forme ne couvrirait pas la nullité intrinsèque. (Marbeau, n. 236 et 239.)

Rolland de Villargues, v. transaction, n. 71.—Un des effets notables d'une transaction est d'effacer les vices de l'acte sur lequel elle intervient. Toutefois, elle efface seulement ceux qui faisaient l'objet de la contestation.

Duranton, t, 18, n. 424.—En effet, puisqu'il s'agissait d'un droit douteux, on ne peut pas dire qu'il y a lésion dans un acte qui a pour objet de régler les prétentions respectives des parties, et d'assurer leur tranquillité, en leur épargnant les frais, les chances et les embarras d'un procès.

1921. L'erreur de droit n'est pas une cause de rescision des transactions. Sauf cette exception les transactions peuvent être annulées pour les mêmes causes que les contrats en général, sujettes néanmoins aux dispositions des articles qui suivent.

1921. Error of law is not a cause for annulling transaction. With this exception,it may be annulled for the same causes as contracts generally ; subject nevertheless to the provisions of the articles following.

---

* *C. N.* 2053. } Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation.

Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence.

---

* *ff Liv.* 2, *Tit.* 15, *De Transact.*, *L.* 9, § 2. } Qui per fallaciam coheredis ignorans universa, quæ in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit ; non tam paciscitur, quam decipitur. (Ulpianus).

[ARTICLE 1921.]

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } Celui qui, par la ruse de son cohéritier, ignorant les véritables forces de la succession, transige avec lui sans interposer la stipulation Aquilienne, est regardé comme ayant été trompé, et non pas comme ayant contracté. (ULPIEN).

---

* *Cod. Liv.* 2, *Tit.* 4,
De transact., *L.* 19. } Sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bonâ fide finitam rescindi jura non patiuntur. Sanè si per se vel per alium subtractis instrumentis quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorssisse probetur : si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur ; si vero jam perempta est, intrà constitutum tempus tantùm actionem de dolo potes exercere.

Dat. 4 calend. octobr. AA. Conss. 293. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } On ne doit pas rescinder une transaction passée de bonne foi sur le fondement d'un acte découvert dans la suite ; mais s'il est prouvé que votre partie a extorqué la décision du procès, en recélant par elle ou par un tiers les pieces qui pouvaient établir la vérité du fait ; si l'action subsiste, vous pouvez repousser l'exception du pacte par l'action du dol, et si l'action est périmée, vous ne pouvez exercer l'action du dol que dans le terme établi par la loi.

Fait le 4 des calendes d'octobre, sous le consulat des em pereurs désignés ci-dessus. 293. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

Zachariæ, (*Massé et Vergé*),
§ 769. } Une transaction peut être attaquée par voie de nullité, lorsqu'elle manque d'un des caractères essentiels de ce contrat, V. § 765.

Ainsi les transactions peuvent être attaquées pour cause

d'erreur sur la personne (1), sur l'objet de la contestation (2), ou sur la nature des concessions ou prestations réciproques (3). Mais une transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit (4), art. 1110, 2052, alin. 2; 2053, alin. 1.

Ainsi encore on peut attaquer, comme sans cause, la transaction portant sur un droit qui n'appartient pas à l'une des parties; par exemple, la transaction qui a pour objet l'exécution d'un titre nul, tel qu'une donation ou un testament, à moins qu'il n'y ait eu de la part des parties transaction expresse (5) sur la nullité du titre (6), art. 2054; ou la

(1) C'est là une exception à la règle de l'art. 1110, alin. 2. Cette exception est fondée sur ce que, dans une transaction, l'erreur *circà personam* est en même temps une erreur sur la contestation. [Il est clair, en effet, que transiger avec Paul sur une contestation relative à un droit qu'on croit lui appartenir, tandis qu'il appartient à Jacques, c'est transiger sur une contestation qui n'existe pas.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(2) Par exemple, si l'un croit transiger sur le pétitoire, et l'autre sur le possessoire, Marbeau, n. 32. [V. Duranton, 18, n. 425, et Troplong, n. 144.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(3) Bien que l'art. 2033 ne parle pas de cette cause de nullité, elle résulte cependant de l'art. 1110, alin. 1. V. aussi Marbeau, n. 32. (MASSÉ ET VERGÉ.)

(4) [Il serait impossible, en effet, de distinguer l'erreur de droit de l'abandon d'un droit prétendu qui fait toujours l'objet de la transaction.] Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1807 a jugé qu'une transaction fondée sur une erreur commune ne pouvait être opposée à celui qui avait été entraîné par cette erreur. V. Merlin, v° *Communaux*, § 4. [V. aussi Troplong, n. 136.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(5) La simple connaissance de la nullité du titre ne suffirait donc pas. V. Favard, v° *Transaction*, § 4, n. 11. (MASSÉ ET VERGÉ.)

(6) On a cru trouver une contradiction entre cette disposition de l'art. 2054 et celle de l'art. 2052, alin. 2, suivant laquelle une transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit; mais il résulte au contraire, de l'art. 2052, alin. 2, que l'art. 2054 doit être restreint au cas où le titre sur lequel on a transigé a été supposé valable par suite d'une erreur de fait. D'où il suit qu'il n'y a pas de contradiction entre ces deux articles. Duranton, 18, n. 423; Troplong, n. 145 et s.; Cass.,

transaction portant sur des actes qui, dans la suite sont reconnus (1) faux ou falsifiés (2), art. 2055; ou la transaction sur un procès déjà terminé par un jugement passé en force de chose jugée dont les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance (3), art. 2056.

25 mars 1807. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 3, n. 4, suivant lequel, pour l'application de l'art. 2054, il n'y a pas à distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.] — Il n'y a pas non plus contradiction entre l'art. 2054 et les arts. 1338 et 1340. Une transaction peut sans doute impliquer en même temps la confirmation d'une obligation. Mais, même dans ce cas, la transaction n'est pas une simple confirmation de l'obligation. L'application de chacun de ces articles doit donc être restreinte au cas qu'il concerne spécialement. Il paraît même difficile de soutenir en principe que, si une transaction faite en exécution d'un titre nul, sans que les parties aient transigé en même temps sur la nullité du titre, a été volontairement exécutée, ce cas ne tombe pas sous l'application de l'art. 2054, mais sous celle des arts. 1338 et 1340. V. cependant Cass., 29 juin 1813.—V. aussi, sur ces divers points, Toullier, 6, n. 72; Duranton, 18, n. 428; Favard, v° *Erreur*, § 11, et v° *Don mutuel entre époux*, § 9; Marbeau, n. 231 et s.; Delvincourt, sur l'art. 2054. Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 5; Cass., 22 juill, 1811 et 3 déc. 1813. (Massé et Vergé.)

(1) Entre les mêmes parties, Dalloz, v° *Transaction*, sect. 2, § 9. (Massé et Vergé.)

(2) L'art. 2055 porte que la transaction "est entièrement nulle," c'est-à-dire dans toutes ses parties; Malleville, sur l'art. 2055; [Troplong, n. 152.] *Quid vero*, si les parties ont transigé *de ipso falso ?* La transaction est valable, Duranton, 18, n. 429; L. 42, C. *De transact.*, art., 2046. V. aussi Pr., art. 249, et Delvincourt, sur l'art. 2055. (Massé et Vergé.)

(3) Il en est ainsi alors même que le jugement serait encore susceptible d'un recours en cassation, ou pourrait être attaqué par la voie de la requête civile, Malleville et Delvincourt, sur l'art. 2056; Marbeau, n. 133; [Troplong, n. 155.] — Il en est encore ainsi, alors même que la partie qui a perdu son procès aurait seule eu connaissance du jugement. *Lex non distinguit.* V. cependant Duranton, 18, n. 430 et s. [Il suffit, pour que la transaction soit nulle, que le jugement non susceptible d'appel n'ait pas été connu de la partie à qui il est favorable et qui, en transigeant, a fait sa position moins bonne. Si le jugement n'a été

Ainsi encore une transaction peut être attaquée en nullité par suite de la découverte de nouveaux titres, lorsqu'il résulte de ces titres que l'une des parties n'avait aucun droit sur l'objet litigieux. Mais si les actes nouvellement découverts n'ont pas cette portée, s'ils ne font, par exemple, que fortifier le droit de l'une ou de l'autre des parties, la transaction ne pourra être attaquée par une partie à raison de ces actes, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'autre partie (1), art. 2057.

Une transaction peut encore être attaquée si elle ne remplit pas les conditions requises pour sa validité, V. § 767, par exemple, lorsqu'elle a été obtenue par dol ou par violence, art. 2053 combiné avec les arts. 1009, 1011 et s. Sur la prescription de cette action en nullité, V. art. 1304.

Une transaction ne peut être attaquée pour cause de lésion (2), art. 2052, alin. 2, à moins qu'elle n'ait été conclue par un mineur (3), art. 1305, V. aussi § 581 ; ou qu'elle n'ait pour objet un partage de succession (4), arts. 887 et 888. V.

ignoré que de la partie à qui il est contraire et à qui la transaction est favorable, la partie gagnante, qui, connaissant le jugement, a consenti cependant à transiger, ne peut être admise à demander la nullité de la transaction. V. Troplong, n. 133.]— Rien n'empêche d'ailleurs de transiger sur un procès déjà jugé, si les deux parties ont connaissance du jugement, Marbeau, n. 133 ; Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 2; [Troplong, n. 156 et 157.] (Massé et Vergé.)

(1) Les titres nouvellement découverts sont ceux dont les parties n'avaient pas connaissance au moment de la transaction. V. Cass., 22 juill. 1811, 3 déc. 1813. (Massé et Vergé.)

(2) [Même pour lésion énorme, Troplong, n. 139.] (Massé et Vergé.)

(3) [Sans l'observation des formalités légales ; car si ces formalités avaient été remplies, la transaction faite au nom d'un mineur aurait la même force que la transaction faite par un majeur, Troplong, n. 140. *Contrà*, Merlin, v° *Transaction*, § 5, n. 8.] (Massé et Vergé.)

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 1, n. 13. [Il faut distinguer : si, sous le nom de transaction, les parties n'ont fait autre chose qu'un partage, l'action pour lésion est admise ; elle n'est pas admise, au contraire, si elles ont fait une véritable transaction sur un partage, Troplong, n. 141. (Massé et Vergé.)

sup., le titre des *Successions.* On peut toutefois demander le redressement d'une erreur de calcul commise dans une transaction (1), art. 2058, à moins que les parties n'aient spécialement transigé sur cette erreur (2).

---

* 17 *Guyot*, *Rép.*, v° *Trans.*, *p.* 243-246. } On doit remplir les obligations auxquelles on s'est soumis volontairement ; il n'est permis à personne de s'en dégager : telle est la loi générale : *nemini licet adversùs sua pacta venire :* mais il faut que la volonté des contractants n'ait point été surprise, *et contrahentes decipere.* Ce sont les termes de la loi pénultième, C. *de pactis.*

Le dol et la surprise forment donc une exception favorable pour celui qui en est la victime. Cette exception, dit Cujas, vient au secours du droit civil ; elle en supplée les défauts, elle en corrige les rigueurs : *exceptio doli subsidio est juri civili deficienti aut repugnanti :* elle peut être opposée dans tous les cas, dans les contrats, les quasi-contrats, les jugements même ; c'est une défense fondée sur l'équité naturelle pour se soustraire à des obligations dans lesquelles on ne se trouve engagé que par les ruses et l'artifice de ceux qui avaient intérêt de nous les imposer. *Exceptio doli generalis est*, *quæ datur ubicumque æquitas desensionis id exigit*, *accommodaturque omnibus negotiis*, *omnibus judiciis : per exceptionem*

(1) Soit que l'erreur de calcul se trouve dans l'acte même de transaction, soit qu'elle se trouve dans les chiffres qui y ont servi de base. V. Discussions sur l'art. 2058. [Si donc une erreur de calcul se trouve dans un compte litigieux, cette erreur de calcul peut être relevée, bien que la transaction qui a pris ce compte pour base ne renferme, cette base admise, aucune erreur de calcul, Troplong, n. 166 et s. Mais on ne pourrait en aucun cas considérer comme une erreur de calcul une fausse prétention qui se serait traduite en chiffres, sans constituer d'ailleurs une faute d'arithmétique, Troplong, *ibid.*] (Massé et Vergé.)

(2) L. 4 et *penult.*, C. *de Transact.*, Malleville, sur l'art. 2058 ; Cass., 17 avril 1810. (Massé et Vergé.)

doli inducitur retractatio rei judicatæ. Cette doctrine est de tous les temps et pour quelque espèce d'actes que ce soit.

Ainsi, quand les lois ne diraient pas que l'exception de dol est admise contre les Transactions, les principes et la raison suppléeraient suffisamment à leur silence. Mais elles n'ont eu garde d'ometire un objet aussi important.

La loi 19, C. *de Transactionibus*, décide que si j'ai abandonné par Transaction un droit que je ne pouvais soutenir, faute d'un titre retenue par ma partie, je rentrerai par la suite dans mon droit, si cette vérité vient à paraître. La loi 9, §. 2, D. *de Transactionibus*, porte, qu'il en serait de même d'un héritier qui aurait transigé avec son co-héritier, dont le dol lui aurait ôté la connoissance de l'état des biens.

L'ordonnance de Charles IX, du mois d'avril 1560, déclare pareillement que les Transactions auxquelles le *dol* ou la *force* ont donné l'être, sont rescisibles.

C'est sur cette maxime que sont fondés les arrêts rapportés ci-devant, §. 2, sur la question de savoir si on est obligé d'entretenir une Transaction à laquelle on a été engagé par la partie adverse qui avait connaissance du jugement rendu à son désavantage.

Ce que nous disons du dol doit-il s'appliquer à la simple erreur? Oui, en certains cas.

Par exemple, on a établi ci-devant, §. 2, qu'une Transaction faite sur les dispositions d'un testament qu'on n'a point vu est sujette à rescision.

Il en serait de même de celle qui aurait pour base des pièces fausses qu'on aurait considérées comme vraies. Mais dans ce cas on n'annulle que les points de l'acte qui ont eu ces pièces pour fondement. S'il s'y trouve d'autres chefs qui en soient indépendants, ils subsistent; en un mot, on ne fait à la Transaction d'autres changements que ceux auxquels oblige la découverte de la vérité que les pièces fausses tenaient cachée. C'est ce que porte la loi pénultième, C. *de Transactionibus.*

L'erreur annulle encore la Transaction lorsqu'elle tombe

sur la personne de celui avec qui on transige. Par exemple, si le créancier d'une succession transige avec celui qu'on croyait être l'héritier, et qui ne l'était pas, cette Transaction sera sans effet, et n'obligera ni le créancier, ni le véritable héritier.

L'erreur est encore un moyen de rescision pour le mineur qui, devenu majeur, a, sans voir aucune pièce, transigé avec son tuteur sur le compte que lui devait celui-ci ; et ce moyen est d'autant plus infaillible, qu'il est appuyé d'une présomption de dol de la part du tuteur. " Il est impossible, " dit Brodeau, lettre T, §. 3, que de tels contrats et Trans- " actions soient exempts de surprise, de fraude et de dol " personnel de la part du tuteur. Saisi de toutes les pièces, " il sait assurément s'il est reliquataire ou non, et à son " égard il n'y a rien de douteux ni d'incertain. Quant au " mineur, il est dans une juste ignorance, et il est bien " facile de le surprendre et de lui en faire accroire."

Brodeau ajoute, qu'un grand nombre de textes qu'il cite, annullent ces sortes de Transactions. C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts. M. Louet, à l'endroit qu'on vient d'indiquer, en rapporte un du 27 novembre 1585. M. Maynard, livre 2, chapitre 100, nous en fournit un autre intervenu au parlement de Toulouse, en décembre 1592. Le parlement d'Aix en a rendu un semblable le 19 décembre 1639 ; il est rapporté par Boniface, tome 1, livre 4, titre 3, chapitre 3. On en trouvera d'autres ci-après qui ont jugé de même.

Hors ces cas particuliers et ceux auxquels on peut appliquer les mêmes motifs de décision, il est vrai de dire que l'erreur seule ne suffit pas pour faire rescinder une Transaction. La loi 29, C. *de transactionibus*, décide qu'on ne peut, sous prétexte de pièces nouvellement recouvrées, revenir contre une Transaction qui a tranché toutes les contestations des parties. La loi 19 du même titre dit pareillement qu'une pièce recouvrée après coup ne peut porter atteinte à une Transaction faite de bonne foi, à moins qu'elle n'ait été retenue par le fait de l'une des parties.

[ARTICLE 1921.]

Les interprètes du droit romain sont assez partagés sur la question de savoir si la lésion d'outre moitié, ou du tout au tout, est un moyen de rescision contre une Transaction faite de bonne foi entre majeurs. Les plus judicieux ont embrassé la négative, qui en effet paraît invinciblement démontrée par la loi 78, §. dernier, D, *ad Trebellianum;* par la loi 23, C. *de Transactionibus;* par la loi 65, § 1, D. *de condictione indebiti*, et par plusieurs autres textes.

En France, la question est décidée depuis longtemps en faveur du même parti. L'ordonnance de Charles IX, du mois d'avril 1560, porte : " Confirmons et autorisons par " ces présentes toutes Transactions qui, sans dol et force, " sont passées entre nos sujets majeurs d'ans, pour les " choses qui sont en leur commerce et disposition. Voulons " et nous plaît que contre icelles nul ne soit reçu sous " prétexte de lésion quelconque ; mais que les juges, à " l'entrée du jugement, s'il n'y a autre chose alléguée contre " icelles Transactions, déboutent les impétrants des lettres, " de l'effet et entérinement d'icelles, et les déclarent non-" recevables."

C'est sur cette disposition qu'a été rendu un arrêt du 26 avril 1760, rapporté par Denisart, au mot *Réparation civile*. Les nommés Defrues, de Chartres, accusés par le sieur Pillaut d'un délit qui aurait entraîné de gros dommages-intérêts, s'ils en avaient été convaincus, ont transigé avec lui, et, moyennant la promesse d'une somme modique, l'ont engagé à se déporter de sa plainte. L'instruction s'est continuée à la requête de M. le procureur général, et par l'événement, les Defrues ont été mis hors de cour. Dans cette position, ils ont pris des lettres pour faire rescinder la Transaction ; mais ils en ont été déboutés par sentence du bailliage de Chartres, du 20 août 1754, et sur l'appel qu'ils ont interjeté de cette sentence, l'arrêt cité l'a confirmée avec amende et dépens.

L'ordonnance de Charles IX n'est pas enregistrée au parlement de Flandres ; mais les principes qui l'ont dictée ne

doivent-ils pas en rendre la disposition universelle, et la faire valoir en cette cour comme dans les autres tribunaux du royaume? Les anciens arrêts jugeaient que non. Deghewiet, en ses institutions au droit belgique, partie 2, titre 6, §. 6, n. 4 et 5, dit qu'à la vérité on ne peut pas rescinder une Transaction sous prétexte de lésion d'autre moitié, mais qu'il y aurait lieu à la rescision, si la lésion était *énormissime*, parcequ'elle équivaudrait à un dol réel. "Il en a " été ainsi décidé, poursuit-il, par arrêt du parlement de " Flandres. du 28 janvier 1698, et par un autre du grand " conseil de Malines, du 22 septembre 1702."

M. de Baralle, d'abord conseiller et ensuite procureur général au parlement de Flandres, dit la même chose, §. 1, et fonde sa doctrine sur un arrêt rendu à son rapport en décembre 1688.

Cette jurisprudence était trop contraire aux vrais principes, pour que tôt ou tard on n'essayât point de la combattre. L'occasion s'en est présentée depuis peu, et on l'a fait avec succès.

La veuve du sieur le Febvre de la Basse-Boulogne était en contestation avec les héritiers de son mari sur un partage de communauté. Une sentence ayant réglé les opérations à faire pour procéder à ce partage, les parties y acquiescèrent par Transaction du 24 octobre 1771. Le 22 janvier suivant, la dame de la Basse-Boulogne obtint des lettres contre cet acte, et les présenta à l'entérinement, avec une requête dans laquelle elle articulait et offrait de prouver une lésion *énormissime*. Les héritiers de son mari soutinrent qu'une Transaction ne pouvait être rescindée du chef de lésion même du tout au tout, et bornèrent là leur défense. Par sentence du 30 avril 1772, les échevins de Bailleul ordonnèrent à l'impétrante de déclarer dans la huitaine si elle voulait entreprendre la preuve qu'elle eût été induite *par dol ou par circonvention* à signer l'acte dont il s'agissait. La dame de Basse-Boulogne, entrevoyant dans ce prononcé que son moyen de lésion serait infailliblement rejeté en

définitive, interjeta appel de la sentence au présidial de Bailleul, qui la confirma purement et simplement par une autre du 8 juillet suivant. La dame de la Basse-Boulogne appela de nouveau au conseil supérieur de Douai, et y obtint le 10 mai 1774, un jugement conforme à sa demande et à l'ancienne jurisprudence. Mais les héritiers ayant pris des lettres de revision contre ce jugement, le parlement de Flandres, par arrêt du 24 mars 1775, rendu au rapport de M. l'abbé de Dion, les chambres assemblées, a déclaré qu'erreur était intervenue, a confirmé les sentences du présidial et de l'échevinage de Bailleul, et a condamné la dame de la Basse-Boulogne aux dépens de la cause d'appel, et à ceux de la revision.

M. Winantz, chapitre 70, dit que la même chose a été jugée par arrêt du conseil souverain de Brabant, rendu tout d'une voix le 31 juillet 1708.

Le moyen de lésion n'est donc pas admissible dans la bouche d'un majeur qui a transigé. Mais si à la lésion se joignait la faveur de la minorité, rien n'empêcherait que la rescision n'eût lieu. Les lois 1 et 2, C, *si adversùs Transactionem*, parlent de deux mineurs restitués contre des Transactions qui les lésaient, et supposent par conséquent que la restitution est de droit en pareil cas.

Mais pour qu'un mineur se fasse restituer contre une Transaction, il ne lui suffit pas d'alléguer qu'elle le grève, il faut qu'il le prouve ; car ce n'est pas précisément la minorité, mais la lésion qu'elle facilite, qui fait accorder au mineur le bénéfice de la restitution en entier : *Minor non restituitur ut minor, sed ut læsus.*

De là, l'arrêt du parlement de Flandres, du 16 mars 1706, qui juge, suivant M. Desjauneaux, tome 4, §. 135, "qu'un " mineur ne doit pas être restitué contre une Transaction " passée au sujet de la revision d'un procès qu'il avait perdu " par arrêt, pour peu qu'il y ait de doute."

Dans tous les cas où une Transaction est sujette à rescision, il faut, pour la faire rescinder réellement, se pourvoir

dans le terme fixé par les ordonnances, c'est-à-dire, dans les dix ans.

Ce terme court régulièrement du jour de l'acte. Mais si la demande en rescision est fondée sur la découverte de pièces qui étaient retenues par le fait de la partie avec laquelle on a transigé, les dix ans ne commencent à courir que du jour de cette découverte.

Lorsque la rescision est demandée du chef de minorité et de lésion, les dix ans ne se comptent que du moment où le mineur a atteint sa pleine majorité.

Mais cette règle a-t-elle lieu contre le mineur qui attaque, soit une Transaction par laquelle il a déchargé son tuteur de l'obligation de lui rendre compte, soit un traité de toute autre espèce qui n'a point été précédé, de la part du tuteur, d'un compte véritable et rendu en connoissance de cause ? La négative semblerait ne devoir souffrir aucune difficulté. Un mineur à qui son tuteur n'a point rendu compte, est toujour mineur à son égard, parce qu'il n'est point éclairé sur l'état de sa fortune, et que le tuteur au contraire en est instruit. De là, la défense faite au tuteur de recevoir aucune libéralité de son pupille, quoique devenu majeur, tant qu'il ne lui a pas rendu compte. Pourquoi le défaut de compte n'empêcherait-il pas aussi la prescription de courir au profit du tuteur ? Dès que par ce défaut le mineur ne cesse pas d'être réputé tel à l'égard de son tuteur, il est indispensable qu'il jouisse envers lui de tous les privilèges de la minorité.

Cependant la jurisprudence du parlement de Paris a varié sur cette question. Anciennement on y jugeait que l'action du mineur à qui son tuteur n'avait pas rendu compte, durait trente ans, et que pendant tout ce temps il pouvait impugner les traités qu'il avoit faits avec lui. Chenu, centurie 1, question 27, en rapporte un arrêt du premier février 1567. Theveneau, dans son commentaire sur les ordonnances, au mot *cassation de contrat*, dit qu'il en fut décidé de même en 1612. Mais, continue-t-il, par un arrêt postérieur, rendu le 16 mai 1620, *consultis classibus*, " une Transaction entre deux

" frères, contenant décharge de reddition de compte de la " tutelle que l'un d'eux avait exercée, *non visis tabulis*, fut " confirmée, pour ne s'être pourvu dans le temps porté par " l'article 134 de l'ordonnance de 1539 ; ce qui avait été jugé " dès l'année 1602, le 19 janvier." Le même auteur dit encore qu'il fut alors arrêté que la prescription de dix ans " aurait lieu pour tous contrats, même pour ceux qui sont " faits entre les tuteurs et les mineurs, soit par renonciation " de partage, reddition de compte, qu'autres, encore qu'il " n'apparaisse d'aucune confection d'inventaire."

Henrys, livre 4, question 74, rapporte un arrêt semblable, rendu en 1632. Il parait cependant qu'alors même la question souffrit encore difficulté ; car Henrys assure que M. Laisné, rapporteur, voulait, avant de prononcer, *prendre l'avis des avocats consultants.*

La même jurisprudence est reçue depuis longtemps au parlement de Bretagne. M. de Perchambault, dans son commentaire sur la coutume de cette province, titre 22, §. 9, en rapporte un arrêt du 16 octobre 1691.

Mais il y a plusieurs parlements où l'on juge le contraire. Tel est celui de Toulouse. M. Maynard, livre 2, chapitre 99 ; M. d'Olive, livre 4, chapitre 15 et M. de Catellan, livre 8, chapitre 6, nous en retracent quatre arrêts des...... 1593, 17 juillet 1629, 1 juin 1638, et 24 mars 1659.

Le parlement de Bordeaux a jugé de même par arrêts des 7 juillet 1651 et 3 mars 1662, inférés dans le recueil de la Peyrère, lettre J, §. 139, édition de 1725.

Il y a plusieurs arrêts semblables du parlement de Dijon. Raviot, sur Perrier, question 236, et Perrier lui-même en rapportent sept des 23 mars 1623, 17 janvier 1658, 20 mars 1665, 16 décembre suivant, 18 août 1677, 13 août 1682, et 12 août 1716.

Il est cependant un cas que le parlement de Dijon paraît excepter de cette jurisprudence. Ecoutons Raviot, à l'endroit que nous venons de citer, n. 13 : "Si le compte avait été " présenté et rendu, et si on avait transigé sur ce compte,

" quand même il ne serait pas tout à-fait dans les formes, " comme par un tel compte le mineur peut être suffisamment " instruit on pourrait aussi avoir égard en ce cas à la pres- " cription de dix années, surtout si on découvre de la bonne " foi dans le traité de la part du tuteur. C'est sur cela que " par un arrêt donné le 3 janvier 1661, à la grand'chambre, " au rapport de M. Maltête, la demoiselle de Villarvaux fut " déboutée des lettres de récision qu'elle avait prise contre " un traité fait avec le sieur de Villarvaux son oncle et son " tuteur : elle fut déclarée non-recevable. Elle prétendait " être dans le cas des mineurs qui transigent avec leur tu- " teur, *non visis tabulis.* Elle disait que le compte qui lui " avait été présenté était informe ; mais c'était toujours un " compte, et un compte communiqué et instructif : or, la " décharge que donne un mineur en pareil cas peut être " d'un grand poids, parce qu'il le fait comme majeur, et " qu'il est véritablement majeur pour transiger sur la vali- " dité ou invalidité du compte qui lui est présenté. On peut " donc en pareil cas avoir eu égard à la bonne foi des " parties qui ont transigé sur la forme et la validité d'un " compte."

Lorsqu'une Transaction est nulle, et que conséquemment il ne faut pas de lettres de rescision pour l'attaquer, on ne fait aucune difficulté d'admettre, après les dix ans, les réclamations qui tendent à l'anéantir. Ainsi une communauté d'habitants qui a abandonné par transaction, soit un héritage, soit un droit réel qu'elle possédait, peut, si l'on n'a pas observé pour cela les formalités requises, réclamer pendant trente ans. M. Desjaunaux en rapporte un arrêt du parlement de Flandres, du 27 janvier 1698. M. Winantz, chapitre 74, nous en présente un semblable, rendu au conseil souverain de Brabant le 21 février 1709.

Voyez *Vinnius*, de Transactionibus ; *Cacialupus*, de Transactionibus ; *Nicolaus Vigelius*, de Transactionibus ; *Valeron*, de Transactionibus ; *Verstghen*, dissertatio juridica de Transactionibus ; *le code de M. Favre*, (vulgo Faver) ; *Voet*, *sur le*

digeste, titre de Transactionibus ; *le dictionnaire des arrêts de Brillon*, Fachinæi controversiæ ; *les lois civiles de Domat, etc.*

Lahaie, sur art. 2053 *C. N.* } *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 13, sect. 1, n. 5.—Si la personne qui a un différend en transige avec celui qu'il croit être sa partie et qui ne l'est pas, cette transaction sera inutile. Ainsi, par exemple, si un créancier d'une succession transige avec celui qu'on croyait être héritier et qui ne l'était pas, cette transaction sera sans effet , et à l'égard de ce créancier, et à l'égard du véritable héritier ; car le véritable héritier n'a pu être lié par le fait d'un autre, et le créancier n'a pas été obligé de sa part envers cet héritier, avec qui il n'a point traité, et pour qui il pouvait avoir moins de considération que pour celui qu'il avait cru être héritier.

Sect. 2, n. 1.—Les transactions où l'un des contractans a été engagé par le dol de l'autre, n'ont aucun effet. Ainsi, celui qui par une transaction, abandonne un droit qu'il n'a pu soutenir, faute d'un titre retenu par sa partie, rentrerait dans son droit, si cette vérité venait à paraître ; et il en serait de même d'un héritier qui aurait transigé avec son cohéritier, dont le dol lui aurait ôté la connaissance de l'état des biens.

N. 2—Si celui qui avait un droit acquis par un testament qu'il ignorait, déroge à ce droit par une transaction avec l'héritier, cette transaction sera sans effet, lorsque le testament viendra à paraître, quand même il aurait été inconnu à l'héritier. Ainsi, par exemple, si un débiteur d'une succession transige et paie une dette qui lui était remise par le testament ; si un légataire transige d'un droit qui était réglé par un codicille, ils pourront faire résoudre la transaction, car le testament ou le codicille était un titre commun aux parties, et il ne doit pas perdre son effet par une transaction qui n'a été qu'une suite de l'ignorance de cette vérité.

Bigot-Préameneu, exposé des motifs au Corps législatif, 15

mars 1804.—Il n'y a ni consentement, ni contrat, lorsqu'il y a erreur dans la personne. Il n'y a point non plus de consentement, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence.

Gillet, discours au Corps législatif, 20 mars 1804.—Toute convention exige un consentement effectif : ainsi le dol, la violence, l'erreur de fait, qui touchent à la personne ou à l'objet, font rescinder la transaction comme les autres contrats. L'erreur de calcul n'opère pas la rescision, mais elle doit être elle-même réparée.

(Voy. Albisson, rapport au Tribunat, 19 mars 1804).

Delvincourt, t. 2, n. 10, p. 210.—La transaction se faisant *intiulæ personæ*, si la personne avec laquelle j'ai traité n'est pas celle avec laquelle je croyais traiter, cette transaction ne peut m'être opposée, même par celle qui exerçait les mêmes droits. Il n'y a pas là d'analogie avec les actes dans lesquels la considération de la personne est censée n'entrer pour rien, tels que le paiment, la vente. Duranton, t. 18, n. 425, même opinion.

Duranton, t. 18, n. 426.—Si l'une des parties est évincée par un tiers, de quelques-uns des objets que l'autre lui a livrés *transactionis causâ*, il n'y a point lieu pour cela à rescinder la transaction, mais seulement à une action en garantie pour cause d'éviction. Mais la partie n'aurait point l'action en garantie, si l'objet évincé était celui même sur lequel on avait transigé ; car cette partie serait alors censée avoir voulu prendre sur elle les risques de l'éviction, et l'autre partie avoir seulement voulu renoncer à ses prétentions sur l'objet.

A. Dalloz, transaction n. 98.—La violence, lors même qu'elle aurait été exercée par un tiers, ou sur les conjoints, ascendans, descendans du contractant : le dol, lorsque seulement les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties envers l'autre, peuvent entraîner la nullité des transactions. (Duranton, t. 18, n. 427. Voir art. 1113 et 1116).

[ARTICLE 1921.]

1 *Pigeau, Procéd., Liv.* 1, *Tit.* 2, *des Transactions.* } CHAP. V. *Quels sont les effets et suite d'une Transaction.*—Le principal effet de la transaction, lorsqu'elle contient toutes les parties désignées dans la définition, et que nous venons de détailler dans les chapitres précédents, est d'éteindre le procès qui en est l'objet, de manière qu'il ne puisse plus reparoître, quelque lésion qu'ait éprouvée une des parties. C'est ce que décide l'ordonnance de Charles IX, du mois d'avril 1560, qui porte: " Voulons et nous plaît que contre icelles " (transaction), nul ne soit reçu sous prétexte de lésion quel- " conque : mais que les juges, à l'entrée du jugement, s'il n'y " a autre chose alléguée contre icelles transactions, déboutent " les impétrants de lettres de rescision, de l'effet et entérine- " ment d'icelles, et les déclarent non-recevables."

Le droit romain regarde les transactions aussi favorablement: une loi du code, *de transact.* porte qu'elles n'auront pas moins de force qu'un jugement définitif. *Non minorem auctoritatem transactionum, quàm rerum judicatarum esse, rectâ ratione placuit.*

La raison de cette différence, entre les transactions et les autres conventions (où la lésion d'outre moitié est un moyen de rescision), est que dans ces conventions la lésion provient ou de l'erreur de celui qui la souffre, ou de la nécessité où il étoit réduit, lors de la passation de l'acte. Chaque partie a ordinairement intention de recevoir autant qu'elle donne: ainsi, dans un contrat de vente, par exemple, le vendeur a intention de recevoir une somme valant l'objet qu'il aliène ; et s'il reçoit moins que la moitié du prix, ou il s'est trompé, et alors il n'est pas équitable que l'acheteur profite de son erreur ; ou il a agi par nécessité, et alors l'équité et l'humanité ne permettent pas à l'acheteur de s'enrichir de sa misère.

Au contraire la transaction, quelle qu'elle soit, n'est presque jamais un acte de lésion, en ce que, par la tranquillité qu'elle donne aux parties, les peines, les dépenses, les inquiétudes, les pertes, les risques qu'elle leur épargne, elle leur donne l'équivalent du sacrifice qu'elles ont fait.

Il faut excepter deux espèces de transactions qu'on peut attaquer pour cause de lésion : la première est celle qui se passe entre un mineur devenu majeur, et son tuteur, sur le compte de tutelle de celui-ci : les auteurs et la jurisprudence exigent qu'il soit détaillé, comme le porte la loi 6, ff. *de trans. quæ sit, non visis tabulis, nulla est.* Ainsi, supposez une transaction par laquelle, sans aucun détail préalable, les parties conviendroient que le reliquat demeurera fixé à tant, et que tous procès pour raison du compte seront anéantis, une telle transaction seroit nulle. On présume que le mineur a été contraint à la faire, ou par un besoin pressant de ses fonds, ou par la crainte que son tuteur ne lui fît long temps attendre son reliquat, en traînant la reddition de compte en longueur.

La seconde espèce de transaction contre laquelle on peut revenir pour lésion, est un partage fait en forme de transaction. On peut le faire casser, s'il y a lésion du tiers au quart, comme lorsqu'il n'est pas qualifié de transaction. La raison qu'en donnent les auteurs est que s'il en étoit autrement, la partie la plus adroite, et qui auroit l'avantage de son côté, pourroit profiter de l'ignorance de l'autre, et lui fermer tout recours contre cet acte, en y faisant mettre qu'il est fait à titre de transaction.

Mais hors ces deux cas, " toutes transactions qui, sans dol " et force, sont passées entre...majeurs d'ans, pour les choses " qui sont en leur commerce et disposition, ne peuvent être " attaquées," suivant l'ordonnance de 1560. On voit par-là que le dol et la violence sont des moyens de rescision, parce que, sans eux, la transaction n'auroit pas été faite.

Les transactions n'ont d'effets qu'à l'égard des objets qui se trouvent compris dans l'intention des parties, soit que cette intention se trouve expliquée par une expression générale, comme quand il est dit dans la transaction qu'elle est faite *pour éteindre tous procès généralement quelconques*, entre les parties : soit aussi que cette intention se trouve expliquée par une expression particulière, comme quand il est dit que

la transaction est faite *pour éteindre tous procès entre les parties, relativement à la propriété de telle maison.*

Dans le premier cas, la transaction ne comprend que les procès nés et à naître sur des droits existants ; mais si le droit n'étoit pas encore existant, il ne seroit pas compris dans l'expression générale ; il en faudroit une particulière.

Exemple. Pierre doit à Paul une somme de 300 liv. en un billet échéable dans trois mois : avant l'échéance, ils font une transaction *sur tous les droits et contestations qu'ils ont l'un contre autre.* Cette expression générale ne comprend pas le billet de 300 liv. parce que, suivant l'axiome : *qui a terme ne doit rien*, le droit du créancier contre son débiteur ne commençant qu'à l'expiration du terme, il n'existoit pas au moment de la transaction.

Lorsque, par une induction tirée d'une clause de la transaction, un objet qui n'y est pas nommément désigné, s'y trouve compris, la transaction a lieu à cet égard : par exemple, si par une transaction, Pierre renonce à exiger de Paul une somme portant intérêts, mais qu'il ne dise pas expressément qu'il renonce aussi aux intérêts, la renonciation de sa part à tout ce qui concerne cette créance, comprend renonciation à intérêts.

De ce principe, que les transactions n'ont d'effet qu'à l'égard des personnes et des objets compris dans l'intention des parties, il suit 1° que si celui qui a un différend avec plusieurs, transige avec un d'eux pour ce qui le regarde, la transaction n'empêchera pas que le droit ne subsiste à l'égard des autres : c'est ce qui est décidé par la loi première, ff. *de Trans.* 2° Que si celui qui a transigé d'un droit qu'il avoit de son chef, acquiert par la suite un pareil droit d'une autre personne, la transaction ne fera pas de préjudice à ce second droit. C'est ce que porte la loi 9, ff. *de Trans.*

Au surplus, en cas de difficulté sur l'exécution et l'interprétation d'une transaction, voyez Pothier, *traité des obligations,* à l'endroit où il expose les règles sur lesquelles on doit se diriger pour l'interprétation de toutes conventions.

[ARTICLE 1922.]

1922. Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

1922. Transaction may also be annulled when it is made in execution of a title which is null, unless the parties have expressly referred to and covered the nullity.

---

* *C. N.* 2054. } Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

Voy. C. C. B. C., art. 1212.

---

* *Lacombe, Recueil, v° Transact., n.* 7. } Transaction faite par l'héritier *ab intestat*, avec l'héritier institué en un testament faux, est cassée, *l.* 4. *cod. de jur. et fact. ignor. l. pen. cod. de trans. Secùs*, s'il a été transigé sur la fausseté du testament, *dict. l. pen.*

De même celui qui a transigé avec l'institué en un testament nul, est restitué, Ar. 23 décembre 1533. Carond. liv. 10. rép. 32. *Quia non tam pasciscitur, quam decipitur, l.* 9. §. 2. *de trans.*

---

* *Charondas, Réponses, Liv.* 4, *rép. XXIV, p.* 255 *et Liv.* 7, *rép. XCVII, p.* 628. } La transaction faite par celuy qui s'estimoit heritier ne nuist au vray heritier, et les dommages et interests concernent l'heritier immobiliaire de l'heritage, pour raison duquel ils ont esté adjugez, mais non les despens du procez.

XXIV. Du mesme arrest on peut observer, que la paction ou transaction faite par le possesseur d'une succession, de laquelle il s'estimoit et reputoit heritier, ne nuit au vray heritier qui a obtenu et evincé la dite succession : comme aussi est traicté en la *l. si tibi.* § *cum possessor. ff. de pactis. et l. z. ff. de transactionib.*

XCVII. L'executeur d'un testament par intelligence qu'il a avec les heritiers du defunct et pour frauder l'intention d'iceluy, par transaction delaisse aux heritiers l'execution du dit testament: depuis estant poursuivy en la dite qualité obtient lettres royaux, pour faire casser la dite transaction. Par arrest de la Cour du 25. May 1543. il en est debouté, et neantmoins à la requeste du procureur general du Roy la dite transaction est cassée, le dit executeur privé de la dite execution, qui est delaissée à un executeur subsidiaire, et pareillement de tous les laiz testamentaires faits en contemplation de la dite execution.

---

* 6 *Toullier*, *Liv.* 3, *Tit.* 3. *Des contrats*, *n°* 70-73. } 70. Posons donc en principe, que l'erreur de droit annule la convention lorsqu'elle a été le motif déterminant du consentement. Ce principe devient encore plus évident par les exceptions mêmes que le Code y a faites, et qui sont en petit nombre, mais fondées sur la raison et sur la nature des choses.

71. La première est relative aux transactions (2044). La transaction et une convention qui a pour objet de prévenir ou de terminer un procès douteux de la manière convenue entre les parties, et que chacune d'elles préfère à la chance de gagner, jointe au péril de perdre. *Qui transigit*, *quasi de re dubiâ*, *et lite incertâ neque finitâ transigit. Leg.* 1, *ff. de transact.*, 2, 15. Le doute peut venir de l'ignorance sur l'existence, sur le sens ou sur la manière d'appliquer la loi. On ne peut donc pas dire que cette ignorance annule le consentement donné à la transac-

tion, puisque c'est précisément cette ignorance qui en a été le motif : les parties ont mieux aimé transiger aux conditions convenues, que d'approfondir leurs doutes, et courir la chance de gagner ou de perdre. Il y a toujours quelque chose d'aléatoire dans une pareille convention. Il est donc de l'essence des transactions de ne pouvoir être attaquées pour cause d'erreur de droit, sans quoi il n'y aurait point de transaction ; on pourrait toujours attaquer le lendemain la transaction faite la veille. Le Code n'a donc fait que consacrer un axiome fondé sur la raison et sur la nature des choses, lorsqu'au principe général, " qu'il n'y a point de " consentement valable s'il n'a été donné que par erreur (1109)," il ajoute par exception, dans l'article 2052, que les transactions *ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit.* Cette disposition serait fort inutile, si elle était commune à tous les contrats.

72. Du reste, les transactions suivent la loi commune relativement à l'erreur de fait, qui les annule ainsi que les autres conventions, lorsqu'elle a été la cause principale du contrat. Les articles 2055 et 2056 en offrent des exemples. Il faut y ajouter l'art. 2054, qui doit être modifié ou expliqué par l'art. 2052. Il porte : " Il y a lieu à l'action en rescision contre une " transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre " nul, à moins que les parties n'aient expressément traité " sur la nullité."

Le véritable sens de cet article est qu'il y a lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsque, *par suite d'une erreur de fait*, elle a été conclue en exécution d'un titre nul, lorsque la nullité provenait d'un fait ignoré des parties, et non lorsqu'elle provenait d'une loi qu'elles ignoraient. Pris dans un autre sens, l'article 2054 serait en opposition avec l'article 2052 ; il établirait une jurisprudence inconciliable avec les notions les plus élémentaires ; il renverserait tous les principes : il faut donc, pour appliquer l'article 2054, que les parties n'aient ignoré la nullité que par erreur ou ignorance de fait, et qu'elles n'aient pas transigé sur la nullité.

[ARTICLE 1923.]

Par exemple, lorsque l'héritier *ab intestat* transige sur la succession avec l'héritier testamentaire, ignorant que par un acte postérieur le testateur a révoqué son testament, ou lorsqu'un débiteur transige sur le montant de la dette avec l'héritier du créancier, dans l'ignorance que le défunt lui a fait remise de la dette, il y a alors *nullité* ou révocation du titre en exécution duquel on a transigé, et l'héritier testamentaire ou le débiteur ignore cette nullité par ignorance ou erreur de fait.

1923. [La transaction sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle.]	1923. [Transaction upon a writing which has since been found to be false, is altogether null.]

---

* *C. N.* 2055. } La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses, est entièrement nulle.

Dalloz et Vergé, *C. C.*, *ann. sur art.* 2055 *C. N.* } 1. La transaction est *indivisible* dans ses différentes parties : nulle en un point, elle est viciée dans son intégralité.— J. G. *Transact.*, 160.

2. Ainsi, il y a indivisibilité entre les clauses corrélatives d'une transaction, de sorte que la nullité d'une clause défavorable au demandeur empêche qu'il puisse réclamer l'exécution d'une clause qui lui serait avantageuse.—Paris, 15 mars 1826, J. G. *Transact.*, 160.

3. Mais si une transaction est reconnue contenir des clauses distinctes et indépendantes les unes des autres, les tribunaux ne sont pas obligés d'annuler la totalité de l'acte. Ils peuvent valider celles des clauses qui sont conformes à la loi et annuler celle qui lui est contraire : par exemple, dans le cas où cette clause renfermait une stipulation sur succession future.—Req. 9 févr. 1830, J. G. *Transact.*, 162.

4. De même, lorsque les cohéritiers ont transigé sur les difficultés qui s'étaient élevées touchant la consistance du patrimoine du défunt et l'étendue des reprises qu'ils pouvaient avoir à exercer respectivement, et procédé ensuite, par le même acte, au partage des biens, suivant les bases préliminaires adoptées, si, plus tard, l'un des cohéritiers prétend avoir été lésé, son action en rescision ne frappe que la seconde partie de l'acte relative aux opérations matérielles du partage, et laisse subsister la transaction contenue dans la première partie.—Toulouse, 11 juill. 1828, J. G. *Transact.*, 161.

5. L'art. 2055 a fait une application spéciale du principe de l'indivisibilité de la transaction en décidant que la transaction faite sur pièces, depuis reconnues fausses, est entièrement nulle. Lors même que les actes produits ne seraient pas tous faux, la transaction n'en serait pas moins nulle pour la totalité.—J. G. *Transact.*, 163.

6. Si la transaction portait sur l'allégation de la fausseté des pièces, elle serait valable, lors même que ce ne serait que depuis l'acte que le faux viendrait à être clairement établi—J. G. *Transact.*, 164.

7. On peut même transiger sur un faux certain, puisqu'on le peut sur l'intérêt civil résultant d'un délit (c. pr. 249).—J. G. *Transact.*, 165.—V. art. 2046, n. 53.

8. Dans le cas où il a été transigé entre un cohéritier et le légataire universel sur l'irrégularité qu'un testament peut présenter, si plus tard, et sur la demande d'un autre cohéritier le testament a été déclaré faux, le premier cohéritier n'est pas fondé à se prévaloir de ce jugement, auquel il est demeuré étranger, pour prétendre que la transaction, qu'il a d'ailleurs exécutée, doit être annulée comme basée sur une pièce fausse.—Req. 17 nov. 1830, J. G. *Transact.*, 166.

Lahaie, *sur art.* 2055 *C. N.* } Procès-verbal du Conseil d'Etat, 6 mars 1804.—Jollivet demande que la nullité prononcée par l'article n'ait lieu que dans la cas où les pièces

ont été reconnues fausses depuis la transaction.—Cet amendement est adopté.

(Voyez Bigot-Préameneu, exposé des motifs au Corps législatif, 15 mars 1804. Albisson, rapport au Tribunat, 19 mars 1804.)

Duranton, t. 18, n. 429.—Quand bien même il y aurait des actes qui ne seraient point faux dans le nombre de ceux sur lesquels on a transigé, la transaction ne serait pas moins nulle : dans une transaction tout est corrélatif ; une partie ne fait ordinairement de concessions sur un point que parce que l'autre partie en fait sur d'autres points. Delvincourt, t. 2, not. 1, p. 210, même opinion.

Mais si la transaction portait sur l'allégation de la fausseté des pièces, elle serait bonne, quand bien même ce ne serait que depuis l'acte que le faux viendrait à être clairement établi.

A. Dalloz, transaction, n. 111.—On peut transiger sur un faux certain, puisqu'on le peut sur l'intérêt civil résultant d'un délit. (Article 2064 ; Duranton, t. 18, n. 429.)

1924. La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance est nulle. Mais si le jugement est susceptible d'appel, la transaction est valable.

1924. Transaction upon a suit terminated by a judgment having the authority of a final judgment, and not known to either of the parties, is null. But if the judgment be appealable the transaction is valid.

---

* *C. N.* 2056. } La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle.

[ARTICLE 1924.]

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable.

---

* *ff. Liv.* 2, *Tit.* 15, *De trans.*, *L.* 7. } Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } La transaction interposée sur une affaire litigieuse, même après le jugement, est valable, s'il y a un appel, ou qu'il puisse y en avoir un. (ULPIEN).

---

* *Cod. Liv.* 2, *Tit*, 4, *De trans.*, *L.* 32. } Si causâ cognitâ prolata sententia (sicut jure traditum est), appellationis, vel in integrum restitutionis solemnitate suspensa non est, super judicato frustrà transigi, non est, opinionis incertæ ; proindè si non aquilianâ stipulatione et acceptilatione subsecutâ, competentem tibi actionem peremisti, præses provinciæ usitato more legum, rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit.

S. 8 calend. novemb. cc. Coss. 294. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.)

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Si une sentence rendue en connaissance de cause (comme il est établi par le droit), n'est point suspendue par l'appel ou par la restitution en entier, il est certain que vous avez transigé en vain sur l'affaire jugée ; par conséquent, si n'ayant point ajouté la stipulation aquilienne et l'acceptilation, vous avez laissé périmer l'action qui vous compétait, le président de la province ordonnera selon l'usage l'observation de la sentence primitivement rendue.

Fait le 8 des calendes de novembre, sous le consulat des Césars. 294. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN.)

---

17 *Guyot*, *Rép.*, *vo Trans.*, § 2, *p.* 236 *et s.* } Pour qu'un droit quelconque puisse faire la matière d'une Transaction, il faut qu'il soit douteux et incertain, c'est-à-dire, qu'il soit ou contesté en justice, ou de nature à l'être. Sans cette condition, l'acte qualifié de Transaction ne formera qu'un engagement ordinaire.

De là il suit qu'on peut transiger sur une chose qui est certaine, et c'est par ce principe que se résout la question de savoir si l'on doit donner effet à une Transaction faite après le procès jugé à l'insçu des deux parties. Il faut distinguer si le jugement est susceptible d'appel, ou rendu en dernier ressort : au premier cas, la Transaction doit subsister, parce que l'événement du procès est encore incertain ; mais au second, il n'y a point de Transaction, parce que les parties ayant leur sort réglé par un arrêt n'avoient plus sujet de transiger.

Telle est la décision textuelle de la loi 11, D. *de Transactionibus;* de la loi 7 du même titre ; de la loi 32, C. *de Transactionibus*, et de la loi 23, §. 1, D, *de condictione indebiti.*

C'est aussi la jurisprudence des arrêts. Deghewiet, en ses institutions au droit belgique, part. 2, tit. 6, §. 6, n. 7, nous en rapporte un en ces termes : " si on avait transigé sur un " procès qu'on crût indécis, et qui fût cependant jugé en " faveur de l'une des parties, la Transaction seroit nulle : " il en a été ainsi décidé au parlement de Flandres, par " arrêt du premier décembre 1706, entre les nommés Mulle " et Braem, au rapport de M. de Cambronne. J'avois écrit " pour l'une des parties."

Soefve, tome 1, centurie 2, chapitre 37, nous retrace un arrêt semblable rendu au parlement de Paris le 20 juillet 1647.

En voici un autre de la même cour, qui est rapporté par Brillon, au mot *Transaction*, n. 7 : " Il y avait contestation " entre le sieur de Montmorenci et le sieur Levret de la " Vassollerie, son beau-frère. — Le fond de la contestation " était pour une donation que Judith de Montmorenci avait

" faite au sieur de la Vassollerie dix ou onze jours avant " leur contrat de mariage. — Cette donation n'avait pas été " rappelée dans le contrat de mariage. Le sieur de Mont- " morenci, héritier de sa sœur morte sans enfants, avoit " soutenu que la donation était nulle, et qu'elle devoit être " réputée contre-lettre. Par sentence de la seconde chambre " des requêtes du palais, la donation avoit été déclarée " nulle. Sur l'appel, le procès conclu à la deuxième des " enquêtes, la sentence a été confirmée par arrêt rendu au " rapport de M. de Vrevin, le 19 février 1716. — Au moment " que l'arrêt venoit d'être rendu, les parties passèrent un " acte en forme de transaction (même jour 19 février 1716), " par lequel le sieur de Montmorenci abandonnoit au sieur " de la Vassollerie une partie des effets de la succession.— " Le sieur de Montmorenci prit des lettres de rescision " contre cet acte, fondées sur deux moyens ; 1° que le sieur " de la Vassollerie avoit été informé de l'arrêt lorsqu'il en- " gagea le sieur de Montmorency à transiger ; 2°—que sup- " posé que ni l'une ni l'autre des parties n'en sussent rien, " c'était ignorance de fait, d'avoir transigé après l'arrêt " rendu, et après que le droit avoit été acquis au sieur de " Montmorenci. — Il y aviot des présomptions qui faisoient " croire que le sieur de la Vassollerie avoit été instruit de " l'arrêt ; mais on ne pouvoit point en avoir de preuve cer- " taine.—Le sieur de la Vassollerie avoit donné une requête " pour articuler des faits, et pour demander à en faire preuve. " — Par arrêt du 11 juillet 1716, sans avoir égard à la re- " quête du sieur de la Vassollerie, dont il a été débouté, les " lettres ont été entérinées, l'acte a été déclaré nul, et il a " été dit que l'arrêt seroit exécuté avec dépens."

On voit par les moyens dont on se servoit dans cette espèce, que pour revenir d'une Transaction faite sur un procès jugé, on a plus de facilité lorsque l'une des parties avoit, en transigeant, connoissance de l'arrêt que lorsqu'elles l'ignoroient toutes deux.

C'est à cette espèce que se rapportent la loi 9, C. *de pactis :*

“ Si celui, dit-elle, avec qui Titia étoit en procès sur la pro-
“ priété de certains esclaves, après avoir découvert qu'il
“ venoit d'être condamné par arrêt, a trompé Titia, et l'a
“ déterminée par ses artifices, à abandonner sa prétention, ce
“ pacte, arraché par la mauvaise foi et la simplicité, est nul,
“ et si l'on ose s'en faire un titre pour poursuivre Titia, le
“ juge aura soin d'en décharger celle-ci.”

M. le Prêtre, centurie 2, chapitre 8, rapporte deux arrêts qui sont calqués sur cette décision. Le premier a déclaré nulle une Transaction surprise par un magistrat qui, ayant perdu son procès à Paris, étoit parti en poste pour aller transiger à Lyon, et y étoit arrivé avant que la partie adverse qui y demeuroit, ne pût être informée de l'arrêt. Dans l'espèce du second, rendu le 7 septembre 1608, “ le
“ jugement donné au matin, celui qui avoit perdu en ayant
“ ouï le bruit, alla sur le midi trouver sa partie adverse, la
“ mena à la taverne, et après avoir dîné, la fit transiger.”
L'arrêt annulla pareillement la Transaction, et remit les parties au même état où elles étoient avant de la signer.

Brillon, à l'endroit cité, fait menttion d'un arrêt du 6 mars 1705, “ qui entérine des lettres de rescision contre une
“ Transaction faite entre deux parties, dont l'une avoit fait
“ accroire à l'autre qu'elle avoit perdu son procès, quoi-
“ qu'elle l'eût gagné.”

La Peyrère, lettre T, n. 138, édition de 1725, cite deux arrêts semblables, rendus au parlement de Bordeaux les 6 mars 1644 et 11 janvier 1646.

Baffet, liv. 4, tit. 14, chap. 1, nous en fournit encore un du parlement de Grenoble, du 3 juin 1661, qui juge de même.

C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt du grand conseil, du 26 août 1702, rapporté par Brillon, au mot *Arrêt*, n. 19.

On ne peut transiger sur les dispositions d'un testament sans en avoir fait ou s'en être fait faire la lecture ; et si l'on transige auparavant, l'acte est nul. C'est ce que décident la loi 3, §. 1, D., et les lois 6 et 12, C. *de Transactionibus*.

Mais ne peut-on pas, en transigeant de la sorte, renoncer à l'inspection du testament et au droit de résilier que produit le défaut de cette inspection ? Non, parce que s'il est enjoint aux parties de prendre connaissance des dispositions du défunt avant de transiger, c'est pour empêcher que la volonté des testateurs ne demeure sans effet, et qu'il est du bon ordre public de faire exécuter les derniers vœux d'un mourant. D'ailleurs tel est le sentiment de Voet sur le digeste, livre 2, titre 15, n. 13 ; de Perigrini *de fidei-commissis*, article 52, n. 78 ; de Gail, livre 2, observation 139 ; et de Vinnius, *de Transactionibus*, chapitre 5, n. 7.

Peut-on transiger sur la validité, l'effet ou l'étendue d'une pension alimentaire ? La loi 8, §. 2, D. *de Transactionibus*, décide qu'on le peut indistinctement lorsque la pension a été constituée par un contrat, parce qu'ayant en ce cas reçu l'être de la volonté des parties, il est naturel que la volonté des parties puisse aussi la modifier.

Si la pension a été constituée par une disposition à cause de mort, il faut distinguer la transaction qui porte sur des arrérages, d'avec celle qui a pour objet les échéances à venir.

La première est valable, suivant la loi 8, C. *de Transactionibus.* Quant à la seconde, elle est nulle si elle tend à éteindre ou à diminuer la pension, et ne peut avoir d'effet en ce cas, à moins qu'elle ne soit homologuée par le juge avec connoissance de cause. C'est ce que décide la loi 8, D. *de Transactionibus.*

Quelques auteurs ont prétendu que cette loi ne devoit plus être suivie dans nos mœurs. Tel est Zypœus, *notitia juris Belgici*, liv. 1, tit. *de Transactionibus.* Mais Groeneweghen, *de legibus abrogatis*, loi 8, C. *de Transactionibus ;* Grotius, *manuductio ad jurisprudentiam Hollandiæ*, livre 3, chapitre 4, n. 9 ; Voet, sur le digeste, livre 2, titre 15, n. 14, la mettent encore au rang des lois en vigueur. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle a servi de base à un arrêt du parlement de Paris, du mois de septembre 1555, rapporté par Papon, livre

18, titre 1, n. 20. Voyez au surplus ce qu'on a dit sur cette question à l'article ALIMENS.

Peut-on transiger sur les questions matrimoniales? Le chapitre dernier, *de Transactione*, aux décrétales, fait entendre qu'on le fait valablement en faveur du mariage, mais jamais pour en opérer la dissolution ou en relâcher le lien. De là, les arrêts cités aux mots SÉPARATION DE BIENS ET SÉPARATION DE CORPS, qui ont déclaré nulles des Transactions par lesquelles les époux avoient consenti de vivre séparément.

En général, tout ce qui blesse ou compromet la religion, l'ordre public, les mœurs, ne peuvent faire la matière d'une Transaction. *Privatorum pactionibus juri publico derogati non potest.*

Les lois romaines sont entrées dans quelques détails sur la question de savoir si l'on peut transiger d'un délit. On le peut, répondent-elles, lorsque le délit est du nombre de ceux qu'on appelle *privés;* c'est-à-dire, qu'il ne consiste qu'en vol, en injure, ou en dommage causé par dol, faute ou impéritie; mais alors même, si le délit est de nature à produire une condamnation infamante, la transaction imprime le sceau de l'infamie sur le coupable, parce qu'elle emporte de sa part un aveu qui équivaut à une condamnation.

A l'égard des crimes publics, continuent les législateurs romains, il faut distinguer s'ils sont de nature à mériter une peine capitale, ou non. Parmi ceux de cette dernière espèce, il n'y a que le crime de faux qui soit susceptible de Transaction : si l'on transige sur d'autres, on est censé avouer, et il n'en faut point davantage pour être condamné à la peine infligée par la loi. Quant aux crimes capitaux, on ne s'expose à rien en transigeant sur l'accusation qui en est intentée; mais les transactions sont défendues à l'égard de l'adultère.

Telles sont sur cette matière les dispositions du droit romain. Dans nos mœurs, on distingue les Transactions faites sur le crime même, d'avec celles qui concernent les dommages-intérêts qui en résultent.

Comme la vengeance publique est réservée dans nos

mœurs aux procureurs du roi ou des seigneurs, eux seuls seroient fondés à transiger sur les crimes, s'ils pouvoient concilier un pareil droit avec les devoirs de leurs charges. Mais on sent qu'ils ne le peuvent pas, et il est étonnant qu'il ait fallu des réglements pour le leur interdire. Serpillon cite à ce sujet l'ordonnance de 1335, celle de 1535, l'article 2 de celle de 1536, et un arrêt du parlement de Besançon, du 6 septembre 1718. Jousse dans son recueil chronologique, tome 1, page 136, rapporte un arrêt semblable donné aux grands jours de Clermont le 10 décembre 1675. Voici comme il est conçu, article 4 : " Sera informé de toutes les " compositions faites par les juges ou seigneurs avec les ac- " cusés, et le procès fait et parfait suivant la rigueur des " ordonnances, sauf en jugeant le procès, d'ordonner ce qu'il " appartiendra contre les seigneurs par l'autorité desquels " les dites compositions auront été faites, même pour la pri- " vation de leur justice, s'il y échet."

Il n'en est pas de même des dommages-intérêts qui résultent des crimes. Comme ils sont purement de droit privé, rien n'empêche qu'ils ne fassent l'objet d'une transaction entre les parties civiles et les accusés.

Il y a même un cas où une telle Transaction arrête les poursuites du ministère public; c'est lorsque l'accusation porte sur un crime auquel il n'échet pas de peine afflictive.

C'est ce que prescrit l'article 19 du titre 25 de l'ordonnance de 1670. " Enjoignons, dit le législateur, à nos procureurs " et à ceux des seigneurs de poursuivre incessamment ceux " qui seront prévenus de crimes capitaux, et auxquels il " écherra peine afflictive, nonobstant toutes Transactions et " cessions de droit faites par les parties ; et à l'égard de tous " les autres, seront les Transactions exécutées, sans que nos " procureurs ou ceux des seigneurs puissent en faire aucune " poursuite."

Il y avoit dans le projet de l'ordonnance un article qui défendoit à toute personne de transiger sur des crimes de nature à provoquer une peine afflictive ou *infamante*, à peine

de 500 livres d'amende, tant contre la partie civile que contre l'accusé, et de conviction de celui-ci. Mais M. le premier président de Lamoignon et M. de Pussort firent retrancher cette disposition.

On a mis en question, si le fermier du domaine du roi pouvait transiger avec les notaires convaincus d'avoir faussement fait mention sur les expéditions des actes, que les minutes avoient été contrôlées, ou si au contraire on pouvoit l'obliger à leur faire faire leur procès ? Une décision du conseil du 25 avril 1739 a adopté le premier de ces deux partis, parce qu'en effet il n'y a point de raison solide pour différencier à cet égard le fermier des droits du roi d'avec un simple particulier.

Au reste, quand on dit que les parties civiles peuvent transiger sur les crimes, cela s'entend des crimes déjà commis ; car une transaction qui permettroit d'en commettre à l'avenir, seroit radicalement nulle et ne produiroit aucun effet. Les jurisconsultes romains l'avoient ainsi décidé implicitement par la loi 27, §. 4, *de pactis*, et par la loi 70, §. dernier, D. *fidejussoribus*, et notre jurisprudence s'y est conformée. M. Louet, lettre B, § 10, rapporte un arrêt du 18 décembre 1600, qni casse une Transaction par laquelle un simoniaque était maintenu en possession du bénéfice qu'il avoit acquis par des voies illicites.

C'est sans doute sur le même fondement qu'un grand nombre d'auteurs françois regardent comme nulles les Transactions faites sur le faux : car ce crime est, à certains égards, du nombre de ceux qui ont ce qu'on appelle *tractum temporis*, et c'est en quelque sorte le continuer, que de jouir des effets du titre qui le renferme. L'opinion de ces auteurs n'est cependant pas exacte ; l'article 52 du titre 2 de l'ordonnance de 1737 l'a modifiée avec beaucoup de sagesse ; voici comme il est conçu : " Les Transactions , soit sur l'accusation du " faux principal, ou sur la poursuite du faux incident, ne " pourront être exécutées si elles n'ont été homologuées en " justice, après avoir été communiquées à nos procureurs

" ou à ceux des hauts-justiciers, lesquels pourront faire à ce " sujet telles requisitions qu'ils jugeront à propos, et sera le " présent article exécuté à peine de nullité."

Lahaie, sur art. 2056 *C. N.* } *Domat,* Lois civiles, liv. 1. tit. 13, sect. 2, n. 7.—Si après un procès jugé à l'insu des parties, elles en transigent, la transaction subsistera, si on pouvait appeler : car un procès pouvant encore durer, l'événement était incertain. Mais s'il n'y avait point de voie d'appel, comme si l'affaire était jugée par un arrêt, la transaction sera nulle ; car il n'y avait plus de procès, et on ne transigeait que parce qu'on présupposait que le procès était indécis, et qu'aucune partie n'avait son droit acquis. Ainsi cette erreur, jointe à l'autorité des choses jugées, fait préférer ce que la justice a réglé, à un consentement où celui-ci s'est relâché de son droit, et n'a donné que parce qu'il croyait être dans un péril où il n'était point.

Bigot-Préameneu, exposé des motifs.—Le pourvoi en cassation n'empêche point qu'il n'y ait un droit acquis ; mais si les moyens de cassation présentaient eux-mêmes une question douteuse, cette contestation pourrait aussi être l'objet d'une transaction.

Gillet, discours au Corps législatif, 20 mars 1804.—Toute convention a une cause ; celle de la transaction est la crainte des procès. Ainsi, lorsque le procès est terminé par un jugement passé en force de chose jugée, il ne peut plus y avoir de transaction, parce qu'il ne peut plus y avoir de doute.

Delvincourt, t. 2, n. 4, p. 210.—Si c'est le perdant seul qui avait connaissance du jugement, il y a dol de sa part, et la transaction est nulle ; mais si c'est le gagnant, on peut croire qu'il a transigé pour l'acquit de sa conscience : *volenti non fit injuria.* (Duranton, t. 18, n. 430.)

A. Dalloz, transaction, n. 30.—La transaction serait valable si les deux parties connaissaient le jugement (Merlin, R., v.

transaction, § 2 ; Rolland de Villargues, *eod.*, n. 49), ou s'il était susceptible d'appel.

Quant à la question de savoir si le droit est réellement litigieux, l'appréciation en est laissée aux tribunaux. (Duranton. t. 18, n. 796.)

1925. Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, la découverte subséquente de documents qui leur étaient alors inconnus ne leur donne pas cause de rescision de la transaction, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.

Mais la transaction est nulle si elle n'a qu'un objet sur lequel les pièces nouvellement découvertes établissent que l'une des parties n'avait aucun droit.

1925. When parties have transacted generally upon all the matters between them, the subsequent discovery of documents of which they were then in ignorance does not furnish a cause for annulling the transaction ; unless such documents have been kept back by one of the parties.

But transaction is null when it relates only to an object respecting which the newly discovered documents prove that one of the parties had no right whatever.

---

* *C. N.* 2057. } Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties ;

Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet

sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit.

Voy. *Code*, cité sur art. 1921.

---

* *Cod. Liv.* 2, *Tit.*, 4, *De trans.*, *L.* 29. } Sub pretextu specierum post repertarum generali transactione finitâ rescindi prohibent jura; error autem circà proprietatem rei apud alium extrà personas transigentium tempore transactionis constitutæ, nihil potest nocere.

S. 4 calend. octob. cc. Coss. 294. (IMPP. DIOCLETIAN ET MAXIMIAN.)

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Il est expressément défendu de renouveler les contestations terminées par une transaction générale sur le fondement de pièces nouvellement découvertes; mais si l'on ignorait que la propriété de la chose appartenait, au temps de la transaction, à une autre personne que les contractants, cette erreur ne peut pas nuire.

Fait le 4 des calendes d'octobre, sous le consulat des Césars. 294. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN.)

---

* *Lacombe*, *Recueil*, *v° Transact.*, § 3. } Générale transaction n'est rescindée *propter instrumenta de novo reperta*, *l.* 29. *cod. de trans. Secùs*, *si fiat reicertæ ac specialis*, *l.* 1. *de reb. cred* ou si l'une des parties a soustrait des pieces, *l.* 19 *Cod. de trans.* ou si l'on a transigé sur pieces fausses, *l.* 42. *C. eod.*

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *liv.* 1, *tit.* 15, *sec.* 1, *n°* 3. } Les transactions ne règlent que les différens qui s'y trouvent nettement compris par l'intention des parties, soit qu'elle se trouve expliquée par une expression générale ou particulière,

ou qu'elle soit connue par une suite nécessaire de ce qui est exprimé, et elles ne s'étendent pas aux différens où l'on n'a point pensé.

Lahaie, sur art. 2057 *C. N.* } *Albisson*, rapport au Tribunat, 19 mars 1804.—Ou les titres nouvellement découverts avaient été retenus par le fait de l'une des parties, ou non.

Au premier cas, la découverte de ces titres est une juste cause de rescision, fondée sur le dol, d'une part, et l'erreur, de l'autre.—Au second cas, l'erreur étant commune, l'acte par lequel les parties ont entendu faire cesser ou prévenir toutes les contestations que pouvaient occasioner les diverses affaires qu'elles avaient eues ou pu avoir, doit subsister.—Mais si la transaction n'avait eu qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit, l'accord serait nul : ce serait une convention sans cause.

(Voyez Bigot-Préameneu, exposé des motifs au Corps législatif, 15 mars 1804. Gillet, discours au Corps législatif, 20 mars 1804.)

(Voyez Delvincourt, t. 2, n. 2, p. 210.)

Duranton, t. 18, n. 433.—La partie dont les titres ont été retenus par l'autre pourrait, en certain cas, prétendre au maintien de la transaction, et réclamer en même temps les droits que lui donneraient les titres retenus et découverts, sur tout lorsque ces titres s'appliqueraient à des objets qui n'auraient pas été nominativement compris dans la transaction. Mais la partie qui aurait retenu les titres ne serait point reçue, à cause de sa mauvaise foi, à offrir ce qu'elle pourrait devoir à raison de ces mêmes titres, pour éviter la rescision de la transaction.

A. Dalloz, transaction, n. 113—*Quid* de la transaction faite dans l'ignorance des titres postérieurement découverts ? Il faut distinguer ; si la transaction est générale, elle reste vala-

ble, à moins que les titres n'aient été retenus par l'une des parties : alors il y aurait dol de sa part ; si elle est spciale, la découverte des titres constatant que l'une des parties n'avait aucun droit, sera toujours une cause de rescision. Duranton, t. 18, n. 433.)

Boileux.—Ne perdons point de vue que le titre *découvert* ne donne lieu à rescision qu'autant qu'il est absolument *péremptoire et décisif ;* comme si, par exemple, après avoir transigé sur une somme que vous prétendez vous être due, je retrouve ensuite votre *quittance ;* mais un titre *incertain*, qui placerait seulement l'un des contractans dans une position plus avantageuse, ne ferait pas rescinder la transaction.

1926. L'erreur de calcul dans une transaction peut être réparée.

1926. Errors of calculation in transaction may be reformed.

---

* *C. N.* 2058. } L'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée.

---

* *Cod. Liv.* 2 *Tit.* 5, *De errore calculi*, *L. unic.* } Errorem calculi, sive ex uno contracta, sive ex pluribus emerserit, veritati non adferre præjudicium, sæpè constitutum est: unde rationes etiam sæpè computatas denuo tractari posse, si res judicatæ non sunt vel transactio non intervenit, explorati juris est. Sed et si per errorem calculi, velut debitam quantitatem, cùm esse indebita, promisisti, conditio liberationis tibi competit.

Dat. 6 cal. mart. AA. Conss. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.)

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Il a été souvent décidé que l'erreur de calcul, soit qu'elle provienne d'un ou de plusieurs contrats, ne peut nuire à la vérité. C'est un point de droit non moins affermi que l'erreur de calcul,

quand même elle serait répétée plusieurs fois dans l'acte, peut être rectifiée, à moins qu'il ne soit intervenu à ce sujet une sentence ou une transaction. Il en est de même si par erreur de calcul vous avez promis de donner une chose que vous ne deviez pas : vous avez le droit d'annuler cet engagement.

Fait le 6 des calendes de mars, sous le consulat des empereurs. 287. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN.)

Dalloz et Vergé, Codes ann. C. C., 2e part., sur art. 2058 C. N. } 1. L'erreur de calcul dans une transaction n'est pas une cause de nullité, seulement, elle doit être réparée.—J. G. *Transact.*, 171.

2. L'erreur qui peut être réparée est l'erreur matérielle qui ne se rattache à aucune prétention des parties. — J. G. *Transact.*, 171.

3. Ainsi, la transaction sur un compte litigieux ne pourrait être attaquée pour cause de découverte d'erreur ou d'inexactitude dans les articles du compte.—J. G. *Transact.*, 171.

4. Mais l'erreur, dans une transaction, sur le mode de prélèvement des dettes est une erreur de droit, et non pas une erreur de calcul ; par conséquent, elle ne peut être réparée. —Bastia, 8 févr. 1837, J. G. *Transact.*, 137-3° et 120.

5. Encore bien qu'il ne serait pas exprimé dans l'acte que les parties ont voulu transiger, ou qu'une contestation fût née entre les parties ou sur le point de naître, cet acte a pu être considéré par les juges comme une véritable transaction sur un règlement de compte ; en conséquence, les *omissions de sommes* et les erreurs de chiffre, qui se trouvent dans cette transaction, ont pu n'être pas regardées comme des erreurs de fait, et, par suite, comme susceptibles d'entraîner la rescision de la transaction.—Req. 3 janv. 1831, J. G. *Transact.*, 172 et 22-1°.

6. La clause pénale, stipulée dans une transaction, n'est pas encourue, si la partie qui attaque cette transaction croit

de bonne foi qu'il y a eu erreur de calcul, et si elle ne demande que la réparation de cette erreur.—Bastia, 8 févr. 1837, J. G. *Transact.*, 120.—Observ. conf., *ibid.*

TITRE QUATORZIÈME.	TITLE FOURTEENTH.
DU JEU ET DU PARI.	OF GAMING CONTRACTS AND BETS.

Rapport de MM. les Commissaires. Le sujet de ce titre fait partie du titre *des contrats aléatoires* dans le Code Napoléon ; il en est le premier chapitre, et le contrat de rente viagère le second. La rubrique des contrats aléatoires, n'a pas été adoptée du tout dans le rapport de notre Code, les Commissaires la considérant comme inutile. Ces termes indiquent une certaine espèce de contrats, de même que les termes *commutatifs*, *unilatéraux*, *onéreux*, *gratuits*, *principaux et accessoires* indiquent certaines espèces de contrats, et il n'y a pas de raison d'adopter une de ces dénominations plutôt qu'une autre comme rubrique d'un titre. Pothier, parlant de cette espèce de contrats, se contente de dire qu'après avoir traité des principaux contrats commutatifs, il va passer aux contrats aléatoires. La raison que les Commissaires ont eue de ne pas consacrer une partie du Code à la définition comprise dans ces distinctions est exprimée dans le rapport sur le titre *des obligations*. On peut encore ajouter que dans le Code Napoléon, l'idée de comprendre dans un même titre les contrats aléatoires n'est pas mise à exécution ; car on n'y a inséré que deux des contrats de cette espèce, savoir : Le jeu et les rentes viagères, tandis que les contrats aléatoires les plus importants, tels que l'assurance et le prêt à la grosse, font le sujet de titres distincts.

Le titre *du jeu et du pari* ne contient que deux articles, 1927 et 1928, exprimant des règles générales de l'ancien comme du nouveau droit français ; ils reproduisent presqu'en entier les articles 1965, 1966, 1967, C. N., et sont conformes en sub-

stance aux décisions qu'on trouve dans les auteurs anglais. Ils n'exigent aucune autre remarque.

1927. Il n'y a pas d'action pcur le recouvrement de deniers ou autres choses réclamées en vertu d'un contrat de jeu ou d'un pari ; mais si les deniers ou les choses ont été payés par la partie qui a perdu, ils ne peuvent être répétés, à moins qu'il n'y ait preuve de fraude.

1927. There is no right of action for the recovery of money or any other thing claimed under a gaming contract or a bet. But if the money or thing have been paid by the losing party he cannot recover it back, unless fraud be proved.

---

* *C. N.* 1965, 1967. } 1965. La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari.

1967. Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie.

---

* *ff. Lib.* 11, *Tit.* 5, *De Aleatoribus*, *L.* 2, § 1. } Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, præterquàm si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando: quod virtutis causa fiat. (PAULUS.)

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Il y a un sénatus-consulte qui défend de jouer de l'argent à d'autres jeux qu'à lancer le javelot, à la course, au saut, à la lutte et aux combats du ceste ; parce que ces jeux sont des exercices utiles. (PAUL.)

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Cont. du jeu*, *n*° 1 *et s. et* 39 *et s.* } 1. La convention qui intervient entre deux joueurs, par laquelle ils conviennent que celui d'entre eux qui sera le perdant, donnera une certaine somme à celui d'entre eux qui sera le gagnant, est un contrat de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, et aléatoires.

Quoique le gagnant reçoive la somme convenue, sans rien donner à la place, il ne la reçoit pas néanmoins gratuitement: il la reçoit comme le prix du risque qu'il a couru de donner pareille somme à l'autre, si l'autre eût été le gagnant, ce qui est le caractère des contrats intéressés de part et d'autre, et aléatoires.

2. Observez qu'il y a deux espèces de *contrats aléatoires.*

La première est de ceux par lesquels il n'y a que l'une des parties contractantes qui s'expose à un risque au profit de l'autre partie, laquelle lui paie ou s'oblige de lui payer le prix de ce risque, sans qu'elle s'expose réciproquement à aucun risque. Tel est le *contrat d'assurance* (1). Il n'y a que l'une des parties, c'est-à-dire l'assureur, qui se charge des risques maritimes des effets de l'assuré. L'autre partie, qui est l'assuré, lui paie ou s'oblige de lui payer la prime, qui est le prix de ce risque, sans que l'assuré s'expose de son côté à aucun risque. Il en est de même du contrat à la grosse.

La seconde espèce de contrats aléatoires est de ceux par lesquels chacune des parties se charge réciproquement d'un

(1) En supposant le contrat formé, et en envisageant seulement les effets qu'il produit, la proposition de Pothier est vraie ; dans cette situation, l'*assuré* ne court plus de risque, son obligation est positivement déterminée, il doit payer la prime, quel que soit l'événement.

Mais si l'on considère la position des parties avant le contrat, et même au moment de contracter, il est facile de voir que l'assuré consent à courir le risque de payer une somme qui sera une pure perte pour lui, si le sinistre ne se réalise pas, ou qui lui procurera la réparation si le sinistre a lieu, c'est-à-dire une somme beaucoup plus forte que celle qu'il aura déboursée. Cette observation peut servir à expliquer la différence de rédaction des arts. 1104, deuxième alinéa, et 1964, C. civ.—(Bugnet.)

risque, qui est le prix de celui dont l'autre se charge. De ce nombre est le contrat *à rente viagère*, qu'on appelle aussi *à fonds perdu*, dont nous avons parlé en notre *Traité du Contrat de Constitution.* Par ce contrat, le vendeur court le risque de ne recevoir rien ou presque rien pour la chose qu'il vend à l'acheteur, si ce vendeur venait à mourir peu après le contrat ; et ce risque que court le vendeur, est le prix de celui que court de son côté l'acheteur, de payer au vendeur le double ou le triple du prix de cette chose, si le vendeur vivait très longtemps.

Le *Contrat de Jeu* est de cette seconde espèce. Chacun des joueurs court risque de donner à l'autre la somme convenue, si c'est l'autre qui gagne la partie : et ce risque que l'un court, est le prix de celui que l'autre joueur court de son côté de lui en donner autant, si c'est lui qui gagne.

Chap. II.—Ou l'on rapporte les lois des romains et les notres sur le jeu.

§ 1er. *Lois romaines.* — 39. Le jeu était très sévèrement défendu par les lois romaines. Le jurisconsulte Paul fait mention d'un sénatus-consulte qui défendait de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, si ce n'est à certains jeux qui contenaient un louable exercice du corps, et étaient utiles pour la guerre, lesquels étaient nommément exceptés : *Senatûs-consultum vetuit in pecuniam ludere; prœterquàm si qui certet hastâ vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causâ fiat;* L. 2, *fin.*, ff. *de Aleatorib.*

40. Cette défense de jouer de l'argent comprenait toutes les choses appréciables à prix d'argent. Il était seulement permis de jouer son écot dans un festin, même à des jeux de hasard : *Quod in convivio vescendi causâ ponitur, in eam rem aleâ ludere permittitur;* L. 4, ff. *eod. tit.*

La raison de cette exception est sensible. La fin qui rend le jeu contraire aux bonnes mœurs, qui consiste dans le désir de s'enrichir aux dépens et par la dépouille de celui contre

qui on joue, ne se rencontre pas dans ce cas, où le prix du jeu ne doit pas entrer dans la poche du gagnant, mais doit être employé au festin.

41. Ce sénatus-consulte qui défendait de jouer de l'argent, ne se bornait pas à dénier l'action pour ce qui avait été gagné au jeu ; il donnait une action au perdant contre le gagnant, pour répéter ce qu'il lui avait payé pour le prix du jeu.

On admettait à cette répétition même les enfants contre leur père, et les affranchis contre leur patron : *Adversùs parentes et patronos est repetitio ejus quod in aleâ* (1) *lusum est* (2) *; utilis ex hoc edicto* (3) *datur ; ead.* L. 4, § 2.

On ne sait pas précisément le temps de ce sénatus-consulte ; il peut être du temps de Septime-Sévère, ou de quelqu'un de ses prédécesseurs. Quoi qu'il en soit, il n'avait pas établi un droit nouveau ; il ne faisait que confirmer les anciennes lois, qui n'étaient malheureusement que trop mal observées. Il est fait mention dans la seconde Philippique de Cicéron, n. 28, d'une procédure criminelle (*publicum judicium*) établie contre ceux qui jouaient aux jeux de hasard.

(1) Nous avons suivi la leçon de Cujas, qui a restitué dans le texte ce mot *aleât*, au lieu de *familiâ*, qui ne présente aucun sens. (*Note de l'édition de* 1766.)

(2) Les enfants et les affranchis n'étaient pas admis à intenter l'action *directa*, c'est-à-dire, qui naît directement de cette loi ; parce que cette action étant *famosa*, elle emportait note d'infamie contre le joueur qui était condamné par cette action, et qu'il n'était pas permis d'intenter les actions de cette espèce contre les personnes à qui on devait le respect. Mais, à la place de cette action, on donnait aux enfants et aux affranchis une action *utilis* ou *in factum*, qui, sans emporter infamie, était aux mêmes fins. (*Idem.*)

(3) Cet édit est le sénatus-consulte dont Paul parle au commencement de la loi. Les édits des premiers empereurs étaient confirmés par un sénatus-consulte ; c'est pourquoi ces lois s'appelèrent *promiscuè*, tantôt *edictum*, tantôt *senatus-consultum*. *Voyez* notre préface *in Pand. Justin.*, cap. 2, § 2. (*Idem.*)

42. Ceux qui recevait chez eux des joueurs pour y jouer à des jeux de hasard, étaient si odieux, que le prêteur leur refusait toute action pour les insultes qu'on leur aurait faites, les dommages qu'on leur aurait causés, ou les vols qu'on leur aurait faits pendant ce temps : *Si quis eum apud quem aleâ lusum esse dicetur verberaverit damnumve ei dederit, aud si quid eo tempore dolo ejus substractum est, judicium non dabo ;* L. 1, ff. *eod. tit.*

Le prêteur jugeait que cet homme ayant, en recevant des joueurs chez lui, donné occasion à ces délits, n'était pas recevable à s'en plaindre.

43. Le prêteur punissait aussi ceux qui avaient forcé quelqu'un à jouer ; ils étaient punis par amende ou par prison ; *eâd.* L. 1, § *fin ;* L. 2.

44. Justinien a enchéri sur les lois contre le jeu. Il défend, comme l'avait fait l'ancien sénatus-consulte, de jouer à l'argent, à quelque espèce de jeu que ce soit, à l'exception seulement de certains jeux qui sont nommés dans sa *Constitution*, qui contiennent un louable exercice du corps : mais au lieu que l'ancien sénatus-consulte avait permis de jouer de l'argent à ces jeux, sans limiter la somme, Justinien ordonne qu'on ne pourra jouer à ces jeux permis plus d'un écu d'or pour une partie de jeu.

A l'égard des autres jeux, Justinien donne une action aux perdants contre les gagnants, pour la répétition de ce qu'ils ont payé pour le prix du jeu, comme l'avait fait l'ancien sénatus-consulte ; mais il ajoute deux choses. — 1° Il ordonne que cette action ne sera pas sujette à la prescription ordinaire à laquelle sont sujettes toutes les actions, qui est celle de trente ans, et que le perdant et ses héritiers seront reçus à cette répétition pendant le temps de cinquante ans. — 2° Il ordonne que, dans le cas auquel le perdant négligerait de répéter la somme qu'il a perdue au jeu, les officiers municipaux de la ville où le délit a été commis, pourraient poursuivre la répétition de cette somme, pour

être employée à des ouvrages publics pour l'utilité et la décoration de la ville ; L. 1, 2 et 3, Cod. *de Aleat.*

§ II. *Des lois des rois de France.* — 45. Nous trouvons dans les Capitulaires de Charlemagne une loi de ce prince qui confirme les défenses de jouer aux jeux de hasard, faites tant aux laïques qu'aux ecclésiastiques, par le concile de Mayence, tenu l'an 813.

Nous avons une ordonnance de saint Louis, de l'an 1254, qui défend de jouer aux dés.

Nous en avons une de Charles le Bel, de l'an 1319, et de Charles V, du 13 avril 1369, qui défend les jeux de dés, de tables ou trictrac, de quilles, de billes, de boules, et généralement tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes ; à peine, contre les contrevenants, de 40 sous d'amende.

46. Par la suite tous les jeux ne furent pas indistinctement défendus ; car Charles VIII, dans une ordonnance pour la police des prisons du Châtelet de Paris, après avoir fait une défense générale aux prisonniers de jouer aux dés, permet aux personnes de naissance qui y sont retenues pour causes légères et civiles, de jouer au trictrac et aux échecs.

De Lamarre, en son *Traité de la Police*, rapporte des lettres patentes de François I[er], en faveur du jeu de la paume, qui permettent d'exiger ce qui a été gagné à ce jeu.

47. Charles IX, par l'ordonnance d'Orléans, art. 101, défend avec les bordels, tous brelans, jeux de quilles et de dés, à peine, contre les contrevenants, d'être punis extraordinairement.

Le même prince, par l'ordonnance de Moulins, en 1566, art. 59, donne une action aux mineurs pour la répétition de ce qu'ils ont perdu aux jeux de hasard, *sans néanmoins approuver ces sortes de jeux entre majeurs.*

48. Par une déclaration du roi Louis XIII, du 30 mai 1611, il est dit : " Faisons défenses à toutes personnes de " tenir brelans, ni s'assembler pour jouer aux cartes ou aux " dez, même aux propriétaires détenteurs de leurs maisons,

" ou locataires d'icelles, d'y recevoir ceux qui y tiendront " les dits brelans, ou joueront esdits jeux, à peine d'amende, " d'autre punition, s'il y échet, et d'être, en leur propre et " privé nom, responsables de la perte des deniers qui y sera " faite, et tenus à la restitution d'iceux. — Enjoignons aux " juges de se transporter ès maisons où ils seront avertis y " avoir brelans et assemblées, de se saisir de ceux qui s'y " trouveront, ensemble de leur argent, bagues, joyaux, et " autres choses exposées au jeu, en faire et distribuer les " deniers aux pauvres des hôtels-Dieu, etc."

L'arrêt d'enregistrement déclare *nulles* les *promesses* faites pour le jeu, et ordonne que toute action soit déniée pour raison d'icelles.

L'auteur de *la Morale de Grenoble* rapporte mal cette déclaration de 1611 : il semble lui faire dire qu'elle donne à ceux qui ont perdu une somme au jeu, le droit de la répéter contre les gagnants à qui ils l'ont payée. Il paraît au contraire par les termes de cette déclaration que nous venons de rapporter, et qui est rapportée en entier dans le *Traité de la Police* de Lamare, t. 1, p. 458, que ce n'est pas contre le joueur que cette répétion est accordée; mais c'est contre celui qui a prêté sa maison pour jouer. La loi prononce cette peine contre lui, pour le punir d'avoir donné lieu à la perte du jeu en prêtant sa maison.

On peut voir dans le même *Traité de Police* les arrêts et règlements de police contre ceux qui donnent à jouer, surtout aux jeux de pharaon, de bassette, de lansquenet et autres.

CHAP. III.—SI LE JEU PRODUIT QUELQUE OBLIGATION ; ET SI L'ON EST OBLIGÉ DE RESTITUER CE QU'ON A GAGNÉ AU JEU, A CEUX QUI ONT PERDU.

49. Les anciennes ordonnances de nos rois ayant défendu tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes, et n'ayant fait aucune distinction à l'égard de tous les autres jeux, entre ceux qui sont jeux

d'adresse, et ceux qui sont jeux de hasard, ni entre le gros jeu et le petit jeu; c'était une conséquence que les jeux, quel qu'ils fussent, à l'exception de jeux propres à exercer au fait des armes, ne pussent produire d'obligation civile, et que les joueurs ne dussent pas être reçus à poursuivre en justice le paiement de ce qu'ils auraient gagné au jeu.

50. Quoique par la suite la défense des jeux ait été bornée aux jeux de hasard, néanmoins la jurisprudence s'est conservée de dénier l'action pour le jeu, à l'égard de quelque jeu que ce fût.

La raison est que, quoique la défense des jeux ne subsiste aujourd'hui qu'à l'égard des jeux de hasard, les autres jeux sont plutôt tolérés qu'autorisés; ou s'ils sont permis, ils ne le sont que comme simples récréations, et ne sont point considérés comme acte de commerce, destinés à produire des droits et des obligations. C'est pourquoi les joueurs peuvent bien recevoir honnêtement et licitement les sommes modiques qu'ils ont gagnées en jouant à un petit jeu; mais quelque permis que soit ces petits jeux, ils ne le sont pas jusqu'au point de donner aux joueurs une action pour poursuivre en justice le paiement des sommes qu'ils y ont gagnées.

51. A l'égard des jeux propres à exercer au fait des armes, ces jeux étant expressément autorisés par les lois, on doit donner une action aux joueurs pour le paiement de ce qu'ils ont gagné à ces jeux.

Par exemple, si plusieurs personnes ont joué ensemble un écu au profit de celle d'entre elles qui tirerait le plus juste son coup de fusil dans un blanc, ce jeu étant un jeu propre à exercer pour le fait des armes, et expressément autorisé, je pense que le gagnant doit avoir une action pour contraindre au paiement de l'écu les refusants.

Mais si l'on avait joué, même aux jeux de cette espèce, des sommes excessives, je crois que l'action devrait être déniée au gagnant: car la fin de ces jeux n'est plus alors celle de faire connaître son habileté dans un exercice utile,

mais celle de s'enrichir en dépouillant ceux contre qui on joue, qui est une fin déshonnête. C'est pourquoi Justinien, comme nous l'avons vu ci-dessus, fixe la somme qu'on pouvait jouer licitement à ces jeux d'exercice. Cette somme n'étant pas fixée parmi nous, elle doit être laissée à l'arbitrage du juge.

---

* *Troplong, Cont. aléat., sur art.* 1965-1966. } 47. Maintenant rentrons dans le code civil.

L'art. 1966 a reproduit l'ancienne distinction entre les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, et ceux qui sont de hasard.

L'art. 1965 n'accorde action en justice que pour les dettes contractées dans des jeux de la première espèce ; il la refuse pour les autres.

48. La raison en est sensible.

Les jeux d'exercices sont utiles : ils développent les forces, ils délassent le corps ; ils préparent de bons soldats, des agriculteurs vigoureux, des marins adroits et intrépides, etc., etc. ; trop négligés peut-être dans nos sociétés modernes, ils sont dignes d'encouragement (1).

49. Parmi ces jeux privilégiés, l'art. 1966 cite les courses à pied et à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume (2).

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, (Fenet, t. XIV, p. 541) ; Siméon, tribun. (Fenet, *loc. cit.*, p. 551).

(2) Voy. Danty, p. 247.

Add. *Jurisprudence belge.*—Celui qui a obtenu le prix de jeux publics ouverts par une administration municipale, a qualité pour agir directement en restitution de ce prix contre l'indu possesseur.

L'administration municipale a la même action. Cette action n'appartient pas au président du jury chargé de décerner le prix du concours.

Les tribunaux sont compétents pour connaître de cette action.

Tout concurrent qui s'inscrit pour prendre part aux jeux, se soumet par cette seule inscription à toutes les clauses du règlement arrêté pour la police des jeux. Il est en conséquence tenu d'exécuter les décisions du jury institué par ce règlement. Bruxelles, 30 juin 1834 (*J. de B.*, 1834, 2, 428).

Mais cette énumération n'est pas limitative. On peut y joindre la nage, les combats de rameurs, le tir au pistolet, etc.;

50. Ou bien le jeu d'échecs, inventé, dit-on, par Palamède au siège de Troie (1), jeu de combinaison et de calcul, qui exerce l'esprit et offre un noble délassement (2). Thomas Actius l'appelle *meri ingenii* (3), *exercitatio honesta*, *omnibus permissa*, *horis congruis et tempore debito* (4); il le loue pour sa similitude avec l'art de la guerre avec lequel il rivalise de noblesse (5). Siméon, sans le nommer, semble y faire allusion quand, dans son rapport au tribunat, il met dans la classe privilégiée " les jeux qui développent ou exercent les facultés intellectuelles (6)."

51. On a pensé qu'on pouvait autoriser, en pareil cas, les joueurs à intéresser leur jeu pour se donner plus d'émulation. Néanmoins, quand le prix stipulé est exorbitant, les tribunaux sont autorisés à rejeter la demande pour le tout (7); car le jeu s'écarte alors de sa fin honnête; il devient moins une récréation qu'un commerce dangereux (8); il cesse d'être licite. En cas de contestation, c'est aux juges à voir, d'après l'état des parties et leurs facultés, si le prix est exorbitant; quand ils le trouvent tel, ils doivent, non pas le diminuer et le restreindre, car alors ils feraient un contrat, mais le rejeter entièrement, comme infectant le contrat d'un vice d'immoralité (9).

(1) Ce qui est fort contestable. Voy. Actius, *de Ludo scacchor.*, q. 3, n°s 1 et suiv.

(2) Danty, p. 267; Paris de Puteo, *de Ludo*, n. 5.

(3) Dans son traité *de Ludo scacchorum*, q. 1, n. 1.

(4) Q. 2, n. 1.

(5) Q. 4, n°s 7 et 8.

(6) Fenet, t. XIV, p. 551.

(7) Arg. de la loi 3 au C., *de aleat.*; Zachariæ, t. III, p. 79, note 6.

(8) Portalis, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XIV, p. 541).

(9) Add. Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 365; de Mazerat sur Demante, n. 708; de Zachariæ et ses annotateurs, § 386; de Duranton, n. 111; de Dalloz, n. 3.

Mais la défaveur ne devant cesser qu'autant que l'intérêt de la partie

51. 2° (1). 51. 3° (2).

52. Le contrat par lequel les parties stipulent un prix dans les jeux licites est un contrat intéressé de part et d'autre et aléatoire (3) : il est parfait par le consentement et ne requiert pas la tradition des enjeux.

53. Mais plusieurs conditions sont exigées pour sa validité.

La première, c'est que les parties soient capables. Ainsi un billet souscrit par un mineur sans l'autorisation de son tuteur, pour perte au jeu de paume, ne serait pas valable (4).

de jeu est en proportion de la fortune des joueurs et de l'utilité du jeu, il est laissé à la prudence des juges de rejeter la demande, quand la somme leur paraît excessive. (Demante, n. 708).

Malleville avait dit : " Telle était aussi l'ancienne jurisprudence attestée par Rousseaud, Despeisses, Mornac, etc."

(1) Add. Quid *si le perdant est fort riche et que le gagnvnt le soit peu, dans le cas où la somme jouée paraît excessive ?*— " Nous penserions volontiers, répond Duranton, n. 113, que le juge, en pareil cas, devrait rejeter purement et simplement la demande, attendu que le contrat de jeu est commutatif, et que dès que l'une des parties, si elle eût perdu, n'eût pas dû être condamnée à payer, elle ne doit pas, parce qu'elle a gagné, obtenir la somme convenue. Si elle n'a pas couru les risques défavorables, elle n'a pas dû non plus courir la chance avantageuse ; autrement le contrat serait sans cause suffisante, il cesserait d'être intéressé de part et d'autre. Le gagnant est d'ailleurs blâmable d'avoir joué une somme qu'il n'aurait peut-être pu payer, ou qu'il n'aurait pu payer qu'en se gênant beaucoup."

(2). Add. Quid *si le jeu avait été excessif, mais que la demande fût inférieure à la somme perdue ?*— Duranton, n. 114, donne la solution suivante : " Et si le jeu avait été excessif, le tribunal, suivant nous, pourrait également rejeter la demande quoiqu'elle fût inférieure à la somme perdue, le gagnant ayant craint, en la formant, qu'elle ne fût rejetée pour cause d'excès, et l'ayant réduite dans cette vue ; car le jeu n'en a pas moins été illicite ; il n'avait pas pour but l'exercice du corps, mais de procurer un gain ; on a donc joué contre l'esprit de la loi. Que résulte-t-il de la réduction de la demande ? Une remise de partie d'une action que le tribunal eût pu rejeter pour cause d'excès, et voilà tout."

(3) Pothier, *Jeu* n. 3.

(4) Danty, p. 247, Duveyrier, tribun (Fenet, t. XIV, p. 561).

54. La seconde, c'est qu'entre personnes capables le consentement soit libre.

55. La troisième, qu'il y ait égalité de risques de part et d'autre. Cette égalité ne se prend pas avec une aussi grande rigueur mathématique que l'a voulu Pothier n° 25 ; il serait d'ailleurs impossible de l'obtenir. Il suffit qu'il n'y ait pas une inégalité qui rende la lutte disproportionnée. Qu'ont voulu les joueurs ? se donner une distraction, et exciter leur émulation par un prix. Il ne faut donc pas peser au point de vue d'un intérêt trop jaloux un contrat qui n'est pas un acte de commerce. Après tout, l'inégalité de forces peut se trouver compensée par la disposition actuelle du joueur le plus fort, qui, à tel jour donné, peut avoir une liberté moins pleine de ses moyens d'adresse.

56. La quatrième condition, c'est que le jeu soit tenu avec fidélité (1).

57. Quant aux jeux qui ne sont pas propres à exercer au fait des armes et à entretenir les forces corporelles et intellectuelles, la loi, sans les défendre, ne les reconnaît pas en justice. Ces jeux sont les jeux de hasard, les jeux de cartes (2), le jeu de billard (3), dont les combinaisons, appelées savantes

(1) Pothier, n. 26.

(2) Scaccia, § 1, quæst. 1, n. 85.

(3) Poitiers, 4 mai 1810 (Dalloz, *Jeu*, p. 598 ; Devilleneuve, III, 2, 264) ; Grenoble, 6 décembre 1823 (Devilleneuve, VII, 2, 274) ; Montpellier, 4 juillet 1828 (Devilleneuve, IX, 2, 110) ; Angers, 13 août 1831 (Dalloz, XXXII, 2, 141 ; Sirey, XXXII, 2, 270).

Add. Il en était ainsi avant le code. Voy. l'arrêt rapporté par Merlin, v° *Jeu*, n. 4.

Contrà, Chardon, *de la Fraude*, t. III, n. 558.

Add. Où Chardon dit : " La cour de Poitiers, au contraire, par arrêt du 4 mai 1810, décida que le billard ne devait pas être mis dans la classe des jeux d'adresse, et, en exécution de l'article 1965, renvoya Bouitrel de toutes les demandes de Gilbert. On ne peut qu'applaudir au dispositif de cet arrêt, mais le motif nous semble une erreur. Il suffit de voir jouer au billard pendant cinq minutes pour reconnaître, avec les auteurs du *Dictionnaire de l'Académie*, que l'exercice du corps et l'adresse y domi-

par les joueurs, ne sont d'aucun fruit pour le bien public (1), et ne sauraient produire des soldats vigoureux ou des hommes utiles à la société (2) ; les jeux de quilles (3) etc., etc.

58. Ce n'est pas qu'en eux-mêmes ces jeux soient entachés d'un caractère d'immoralité ; non sans doute, et il arrive tous les jours qu'ils servent à ces distractions honnêtes dont l'homme a besoin après avoir supporté le poids ou l'amertume des travaux. Mais s'ils restent à l'état de simples distractions, ils ne sont pas du ressort des lois (4), les amusements ne devant pas être des sources d'obligations juridiques et des causes de procès. Que si, au contraire, on s'en fait un moyen de spéculation et de gain, ils deviennent indignes de la protection du législateur. Tandis que les autres contrats rapprochent les parties dans une réciprocité de services et dans un but utile, le jeu les met en présence pour se diviser, se souhaiter malheur, se maudire. Ces considérations ont été développées avec beaucoup d'éloquence par M. Portalis dans son Exposé des motifs ; elles expliquent très-bien pourquoi les dettes de jeu sont destituées d'action.

59. De là plusieurs conséquences : la première, c'est que les obligations souscrites pour cause de jeu ne sauraient être revêtues de la sanction de la justice (5); seulement, si elles ont été volontairement acquittées, le paiement n'en est pas sujet à répétition, ainsi que nous le dirons plus amplement en commentant l'art. 1967.

nent autant que dans tous les autres jeux désignés par la loi. Parfois, il est vrai, le hasard aide au contraire l'adresse du joueur ; mais les jeux d'armes, de course et de paume en sont-ils exempts ? N'est-ce pas à des circonstances fortuites qu'on est obligé, souvent, d'attribuer les revers ou les succès de ceux qui se livrent à ces récréations ? Un intérêt modéré et proportionné à la condition du joueur peut donc être admis au billard, et devenir la cause licite d'une action judiciaire."

(1) Expressions de l'arrêt de Montpellier précité.

(2) Expression de l'arrêt d'Angers.

(3) L'ord. d'Orléans, art. 101, défendait les jeux de *quilles* et de *dés*.

(4) Portalis, *Motifs* (Fanet, t. XIV, p. 529).

(5) Ord. de 1629, art. 138 (Néron, t. I, p. 810.

60. Alors même que ces obligations auraient été souscrites après la perte réalisée, et quand bien même on leur aurait donné la forme de billets à ordre, l'action en justice manquerait toujours (1).

61. On a quelquefois prétendu que la remise d'un billet à ordre par le perdant au gagnant équivaut à un payment effectif, et qu'il n'y a pas lieu à revenir sur un fait ainsi accompli. C'est un piège dans lequel la jurisprudence ne s'est pas laissé prendre. Les arrêts n'ont vu, avec raison, dans de tels actes, que des promesses et non des paiements réalisés : ils n'y ont pas eu égard (2). (V. *infrà* sur 1967).

62. On s'est avisé d'un autre biais. On a prétendu que le joueur qui, dans le but de s'acquitter, souscrit une obligation pour prêt d'argent, fait une novation, et qu'à une dette de jeu succède une obligation civile ordinaire. Cette invention n'était pas heureuse, et les joueurs n'y ont gagné que la honte d'ajouter la simulation à l'avidité (3).

(1) *Idem.*

(2) Ord. de 1629, art. 138 (Néron, t. I, p. 810); Grenoble, 6 décembre 1823 (Devilleneuve, VII, 2, 274); Angers, 13 août 1831 (Dalloz, XXXII, 2, 141); cass., req., 30 novembre 1826 (Dalloz, XXVII, 1, 75).

(3) Cass., req., 29 décembre 1814 (Dalloz, *Jeu*, p. 597) : cass., req., 30 novembre 1826 (Dalloz, XXVII, 1, 75).

Add. Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 365; de Zachariæ, § 386; de Deleurie, n. 11538, 11539; de Dalloz, *Jeu*, sect. II, n. 6.

Malleville avait dit, sur l'art. 1965 : "Nos anciennes ordonnances étaient conformes aux lois romaines; celle de 1629 particulièrement déclara toutes dettes contractées au jeu nulles, de même que toute obligations et promesses faite pour la même cause, *quelque déguisées qu'elles soient.*

"C'est d'après ces derniers termes qu'il fut admis que l'on pouvait prouver par témoins qu'une promesse, quoique excédant 100 livres, provenait du jeu, pour la faire, en conséquence, déclarer nulle. Le *Journal des audiences* en rapporte un arrêt de Paris, du 30 juillet 1693, et Lapeyrère, v° *Jeu*, un autre de de Bordeaux. Portalis, dans son discours au corps législatif, dit qu'il en doit être encore de même."

Duranton, n° 107, rappelle ce qui suit : "L'ordonnance de 1629, par ses arts. 138 et 140, dérogeait expressément, à cet égard, à l'ordonnance de Moulins, portant qu'aucune preuve par témoins ne serait reçue

63. Disons-le d'un mot : quel que soit le masque que la

contre le contenu aux actes, disposition reproduite dans l'ordonnance de 1667 et dans l'art. 1341 du code civil. Voyez, à ce sujet, ce que nous avons dit en parlant de la *cause* des obligations, au t. X, n. 370."

Merlin, *Rép.*, v° *Jeu*, cite les anciennes ordonnances et donne l'état de la jurisprudence avant le code.

Aux arrêts cités par Troplong, ajoutez : Paris 27 novembre 1811 (D. P., XXIII, 2, 96) ; 2 juin 1819 (D. P., XXI, 2, 67).

Jurisprudence.—La loi n'accordant aucune action pour les dettes du jeu, il s'ensuit que les obligations, quelle que soit leur apparence, consenties pour de pareilles dettes, ont une cause illicite ; que la preuve testimoniale en est toujours admissible, encore même qu'elle émane d'une des parties contractantes. Limoges, 8 janvier 1824, Boudet (D. A., IX, 600, n. 8 ; D. P., II, 544, n. 2 ; B. A., XVIII, 205).

—L'obligation de payer une dette du jeu, en la considérant même comme naturelle, n'est pas susceptible de novation, puisqu'elle a une cause réprouvée par la loi. (Même arrêt.)

Dalloz, *ut suprà*, p. 206, justifie la jurisprudence en ces termes : " En vain dirait-on que l'art. 1341 du code civil prohibe cette preuve contre et outre le contenu aux actes, hors les cas d'exception expresse. L'art. 1353 permet au juge d'admettre toute sorte de présomption concluante en cas de fraude, et sa disposition est illimitée. Lors donc que le consentement des parties a eu pour but d'éluder une loi protectrice des mœurs publiques, quand il a été concerté de manière à consacrer une simulation, un droit que le repos des familles défend de légitimer, il y a évidemment plus qu'une fraude d'intérêts privés, il y a dol, il y a préjudice pour la société entière, et les tribunaux doivent écouter celui qui le dévoile : il est vrai que, guidé le plus souvent par son intérêt, il pourra inspirer quelque défiance ; mais il n'en signale pas moins une fraude qu'il y a danger pour tous de laisser devenir usuelle ; et de ce qu'il existe un mélange entre l'intérêt privé et l'intérêt général, on ne saurait en conclure que celui-ci doit être sacrifié par le refus d'entendre la partie qui réclame. Au surplus, par cela seul que l'art. 1965 du code civil refuse une action, il a frappé de stérilité les obligations qui naissent du jeu, et introduit, par conséquent, une nouvelle exception à l'art. 1341. Nous en avons une preuve certaine dans l'exposé des motifs qu'a fait Portalis du titre qui nous occupe."

" La décision des arrêts ci-dessus invoqués est fondée sur ce que la remise d'un billet n'est que la reconnaissance d'une dette et n'opère point de payement." (Rolland de Villargues, *Jeu* n. 13).

dette de jeu cherche à revêtir, qu'elle se qualifie obligation civile, promesse, billet, même transaction (1), elle ne saurait échapper à la fin de non-recevoir qui l'attend dans le sanctuaire de la justice.

64. Il faut même ajouter que toutes les fois que le souscripteur du billet, de la promesse ou de la transaction, articule que la cause apparente de l'obligation est menteuse, qu'elle n'est pas pour prêt d'argent, qu'elle dérive d'une dette de jeu, la preuve par témoins est admissible (2). Ce point est aujourd'hui tellement certain qu'on n'ose plus le contester devant les tribunaux.

65. Néanmoins, il ne faut pas prodiguer cette preuve ; il faut la réserver pour les cas où les vraisemblances sont de nature à déterminer la conviction du juge.

Celui-ci pourrait aussi remplacer la preuve testimoniale par des présomptions graves, précises et concordantes. Mais on rejetterait les présomptions qui ne seraient pas revêtues de ce caractère. Un sieur Servatius avait souscrit un billet à ordre au profit du sieur Rognat, de la somme de 16,000 fr., valeur provenant d'une *différence* sur 25,000 fr. de rentes *reçues* et *livrées*. Servatius soutenait que ce mot de différence contenait avec lui la preuve qu'il s'agissait d'une opération de jeu à la bourse. Mais cette présomption était combattue par la déclaration que les rentes avaient été livrées ; il perdit son procès à la cour royale de Paris et à la cour de cassation (3).

66. Mais que dirons-nous des contrats faits non plus entre joueurs qui reconnaissent l'existence de la dette et veulent

(1) Puteo, n. 21 ; *Junge* Caccialupus et Costa.

(2) Danty, p. 244, n. 3 ord. précitée de 1629 ; Chardon, t. III, n 561 ; Limoges, 2 juin 1817 ou 1819 (Devilleneuve, VI, 2 81) : Lyon, 21 décembre 1822 (Devilleneuve, VII, 2, 141) ; Grenoble, 6 décembre 1823 (Devilleneuve, VII, 2, 274) ; cass., req., 9 décembre 1844 (Dalloz, v° *Jeu*, p. 598) ; cass., req., 30 novembre 1826 (Dalloz, XXVII, 1, 75).

(3) Arrêt inédit de la ch. civile du 15 novembre 1813, au rapport de Pajon.

lui créer des titres, mais à l'occasion du jeu ? *Occasione ludi*, dit Pâris de Puteo, n. 15.

Par exemple, Pierre et Paul jouent aux cartes dans un lieu honnête, et Paul, n'ayant pas de quoi payer Pierre qu'il ne connaît pas, emprunte à François son ami, qui dans une autre partie du salon est occupé à faire la conversation, la somme nécessaire pour s'acquitter.

Je réponds que, dans ce cas, le prêt fait par François à Paul est un contrat sérieux et digne de l'attention de la justice. Telle est aussi la décision formelle de Pâris de Puteo, n. 15, d'après Azon. Si un tiers désintéressé au jeu prête au perdant, qui veut loyalement satisfaire le gagnant, il a action en justice, et cela, quand bien même il saurait qu'il s'agit d'une dette de jeu (1) ! Puisque le payement volontaire est autorisé, il doit être permis d'emprunter pour y parvenir (2).

Il est vrai que l'art. 138 de l'ordonnance de 1629 portait : " Défendons à toutes personnes de prêter argent, pierreries " ou autres meubles pour jouer, ni répondre pour ceux qui " jouent, à peine de la perte de leurs dettes et nullité des " obligations, comme dit est et confiscation de corps et de " biens, comme séducteurs et corrupteurs de la jeunesse, et " causes des maux innumérables que l'on en voit provenir " chaque jour."

Mais ces dernières expressions dévoilent la pensée du législateur ; ce qu'il punit, c'est la corruption, c'est le prêt fait pour jouer, et non pas le prêt fait quand on a joué et perdu, abstraction faite de toute idée de séduction et de complicité.

67. Il en serait autrement si le prêt était fait par un co-joueur, ou une personne intéressée au jeu : *Mutuum factum colludenti*, dit de Puteo, n. 15, *non valet* (3). Le prêt se con-

(1) Voet, *de aleat.*, 4. Il tire un argument puissant de la loi 3, § 6, D., *de in rem verso*.

(2) Cass., 10 août 1811 (Dalloz, v° *Jeu* p. 598) ; Colmar, 29 janvier 1841 (Dalloz, XLII, 2, 111 ; Devilleneuve, XLII, 2, 492).

(3) *Junge* Voet, n. 5.

fond alors avec le jeu lui-même; il est destiné à entretenir le joueur dans sa passion et à satisfaire celle du prêteur (1).

68. Mais quand c'est un tiers désintéressé qui prête, ces motifs de défaveur n'existent plus. Le prêteur, entièrement étranger au jeu, n'a voulu que venir au secours du perdant qui tient à honneur de payer sa dette, et ce dernier ne doit pas en faire retomber le poids sur l'ami qui lui a généreusement prêté.

69. Caccialupus croit cependant que cela n'est vrai qu'autant que l'on est sous l'empire d'une coutume qui, conforme à la loi romaine, autorise la répétition de la chose payée; car, dit-il, il est évident que puisqu'il peut reprendre des mains du gagnant ce qu'il lui a payé, il doit le rendre au prêteur pour ne pas s'enrichir à ses dépens. Mais il en est autrement, suivant lui, si l'on est sous l'empire d'un statut qui n'autorise pas la répétition : il ne faut pas favoriser des payements de cette nature (2). A notre avis, le vice de cette conclusion est palpable; pourquoi le perdant, qui a la loyauté de payer, ne pourrait-il pas emprunter pour y parvenir? Libre de s'acquitter, n'est-il pas libre aussi d'emprunter pour faire honneur à sa parole? D'ailleurs, ne serait-il pas singulier que le code civil, qui tient pour favorable le payement effectué, eût des suites si rigoureuses contre le prêteur de bonne foi avec l'argent duquel ce payement a été fait?

70. On pourrait cependant opposer comme contraire un arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cessation du 30 mai 1838 (3). Néanmoins, si on y regarde de près, cet arrêt est le résultat de circonstances particulières qui ne contrarient pas notre principe. Il s'agissait, en effet, d'un

(1) Arrêt d'Angers du 25 août 1813, confirmé en cassat., req., 9 décembre 1814 (Dalloz, v° *Jeu*, p. 598); Lyon, 21 décembre 1822, précité (Devilleneuve, VII, 2, 141).

(2) *De ludo*, n. 33, *Junge* Danty, p. 245, n. 53.

(3) Dalloz, XXXVIII, 1, 227.

sieur Bureau, agent de change, qui jouait à la bourse, et qui, pour faire face à ses découverts, avait successivement emprunté à la société des agents de change à Paris, dite *du fonds commun*, diverses sommes de 130,000 fr., 90,000 fr., 200,000 fr. La société des agents de change savait que Bureau se livrait à ces opérations de bourse, que la loi condamne, mais que la coutume commerciale ne traite pas avec la même réprobation. Elle le savait, et, loin de l'arrêter dans cette voie funeste, elle lui fournissait les moyens de continuer son jeu et de soutenir son crédit. Etait-ce là le fait d'un prêteur ordinaire, qui ne voit qu'un service à rendre ou un placement à faire ? Non ! La compagnie des agents de change agissait dans un intérêt de corps ; elle ne voulait pas que Bureau pût se soustraire à l'acquittement de son obligation par un refus de payement de nature à compromettre la considération de la corporation des agents de change ; elle ne voulait pas qu'il pût se prévaloir de la disposition de la loi qui l'autorisait à ne pas payer. Elle interposait donc son action médiatrice, soit pour désintéresser les autres agents de change qui avaient traité avec Bureau, soit pour faire taire les tiers qui se trouvaient ses créanciers naturels ; et pas là elle laissait percer une sorte de collusion dont le but était d'éluder une disposition d'ordre public en se substituant aux créanciers de Bureau. Si on lit l'arrêt de la cour royale de Paris du 10 juillet 1836 (1), qui statua sur cette affaire, on verra que c'est sous ce point de vue qu'elle l'examina. Il n'est pas permis d'en douter, surtout quand on réfléchit à ce considérant : " Que la compagnie des agents de change, *en* " *se substituant, soit à divers agents de change, soit à des tiers* " *auxquels la loi aurait refusé toute action devant les tribunaux* " *n'a pu* ÉLUDER *une disposition d'ordre public.*"

Dans de telles circonstances, que pouvait faire la chambre des requêtes devant laquelle cette décision était attaquée ? Etait-elle maîtresse de changer la position faite par la cour

(1) Dalloz, XXXVI, 2, 141.

royale, et de voir un prêteur ordinaire dans la compagnie des agents de change, signalée à ses yeux comme ayant voulu *se substituer aux créanciers* et ayant tenté *d'étuder la loi* ? Le rejet était donc infaillible ; l'arrêt du 30 mai 1838 le prononça. Peut-être le motif donné pour l'expliquer pourrait-il être le sujet de quelques équivoques, si on le séparait des faits sur lesquels j'ai insisté. Mais, comme j'étais du nombre des juges, je puis affirmer que ces faits parurent décisifs ; et quand on les a présents à la pensée, on pénètre facilement dans la pensée de la cour.

71. Au lieu de faire un emprunt proprement dit, le perdant peut charger un tiers de payer sa dette de jeu. Dans ce cas, ce dernier a l'action *mandati* pour se faire rembourser de ce qu'il a payé par suite du mandat et ponr son exécution. Cette action ne procède pas d'une dette de jeu, puisque les parties n'ont pas joué l'une contre l'autre ; elle procède d'un mandat donné pour l'accomplissement d'un fait licite.

72. Autre serait la solution, si un tiers avait payé sans mandat, et comme *negotiorum gestor* bénévole, une dette de jeu. Le perdant pourrait le désavouer et lui dire : "Qui vous a chargé de faire mes affaires et de vous entremettre dans une chose abandonnée à mon libre arbitre ? Pourquoi avez-vous voulu me faire faire malgré moi ce que la loi ne m'oblige pas à faire ? Vous avez commis une imprudence, supportez-en les conséquences."

73. Que faut-il dire du mandat donné pour jouer ? Autorise-t-il le mandataire à actionner son mandant pour le rembourser de ses avances, frais, salaires, etc., etc.?

En principe, le mandat pour une chose honteuse, prohibée, on non avouée par la loi, est nul ; il n'engendre pas d'action. Ulpien a très-bien dit : *Rei turpis nullum mandatum est. Et ideo hac actione non agitur* (1).

(1) L. 6, § 3, D., *mandati*, *Junge* l. 12, § 1, D., *mandati*, et l. 53, D., *pro socio*, qui dit : "*Delictorum turpis atque fœda communio est.*" Pothier, *Mandat*, n. 7.

Or, nous avons dit (1) que le jeu qui dépasse les limites de la modération est déshonnête, et que lorsqu'il reste un simple amusement, la loi ne voit pas en lui une cause sérieuse d'action.

Partant de là, qu'est-ce qu'un mandataire qui, obéissant à un mandat de jouer gros jeux, fait des avances à son mandant ? Ne s'associe-t-il pas à ses désordres ? ne les favorise-t-il pas ? Peut-il être de meilleure condition que celui qui prête de l'argent à un joueur pour l'exciter au jeu ?

Et si le jeu était une simple distraction, serait-il sérieux et digne d'entretenir la justice de pareilles futillités ?

Il ne faut donc pas hésiter à repousser l'action du mandataire qui aurait prêté ses services pour joueur.

74. A plus forte raison le mandataire serait-il non recevable s'il avait servi d'argent au mandant pour des jeux punis par la loi, comme sont les paris sur la hausse et la baisse des fonds publics (2).

Aussi a-t-il été jugé plusieurs fois que l'agent de change qui a joué pour son client n'a pas d'action contre lui. Il suffit de rappeler la fameuse affaire Perdonnet et Forbin-Janson, dont nous aurons occasion de parler bientôt avec plus de détail.

75. Il n'y a rien de contraire à cela dans un arrêt de la cour de cessation du 16 avril 1833 (3). Cet arrêt se borne à décider que le moyen tiré de ce que les opérations confiées à l'agent de change constituaient des jeux de bourse ne peut être proposé pour la première fois à la cour de cassation. Et, en effet, comment la cour de cassation, qui n'est pas appelée à prendre connaissance des faits, pourrait-elle être saisie *de plano* de la question de savoir si, en fait, il y a eu jeu ou opération sérieuse dans tels et tels actes d'achats et ventes de fonds publics ?

(1) *Suprà* n. 58.

(2) Art. 421, 422 du code pénal ; *infrà*, n. 97 et suiv.

(3) Dalloz, XXXIII, 1, 200.

76. Faudrait-il montrer la même sévérité, non-seulement à l'égard de l'agent de change, mais à l'égard d'une maison de commerce de Paris qu'une autre maison de commerce de province chargerait de faire des jeux de bourse pour compte de cette dernière ?

Un arrêt de la chambre des requêtes du 5 mars 1834, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour royale de Paris du 13 mai 1832, a décidé que le mandataire agissant comme *nudus minister*, sans intérêt ni profit, ne faisait que remplir un mandat, qu'il exerçait l'action *mandati*, et que son fait ne pouvait être assimilé à des jeux de bourse, entre des joueurs respectifs, auxquels se trouve déniée toute action réciproque les uns envers les autres (1).

Cette décision peut, au premier coup d'œil, paraître en opposition avec les idées que nous avons émises au n. 73. Cependant, dans ces sortes d'affaires, la part des circonstances doit être faite, et les principes ne doivent pas être imposés aux espèces sans distinction et sans ménagement. La maison de Paris savait-elle que l'intention de la maison de province était de jouer ? Par cela seul qu'il y avait ordre de faire acheter à terme par un agent de change, peut-on dire qu'il y eût mandat de jouer ? La mandataire avait-il connaissance que le mandant avait *à priori* l'intention de ne pas prendre livraison, et de tout réduire à des différences ? Nul ne peut dire, en lisant l'exposé des faits recueillis dans la notice de l'arrêt, que ces questions aient été résolues contre la maison de Paris ; et dès lors on doit supposer que cette maison ne s'est montrée, aux yeux des juges du fait, que comme un mandataire ordinaire, qui prête son ministère pour un acte dont on lui a laissé ignorer les circonstances déshonnêtes ou répréhensibles.

Pris en ce sens (et je ne crois pas m'écarter de son véritable esprit), l'arrêt dont il s'agit est juridique ; il se concilie à merveille avec les vrais et éternels principes sur le mandat de choses défendues, ou non reconnues par la loi.

(1) Dalloz, XXXIV, 1, 156.

[ARTICLE 1927.]

77. C'est également par ces idées qu'on explique un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 29 novembre 1831 (1), rendu dans une matière étrangère aux art. 421 et 422 du code pénal. Il faut toujours se demander si le mandataire, en prêtant son ministère, a voulu aider à une mauvaise action et servir d'instrument à une passion déréglée, ou s'il a été de bonne foi.

78. Au surplus, on trouve la confirmation pleine et entière de notre doctrine dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 août 1828, qui juge que le tiers qui a prêté son ministère pour jouer sur les eaux-de-vie n'est pas recevable à réclamer du joueur qui l'a employé les sommes payées par lui par suite des pertes éprouvées (2). Dans cette espèce, l'intelligence du mandant et du mandataire était avérée ; tous deux marchaient de concert pour des opérations que la cour déclarait empreintes d'un caractère répréhensible. On voit que cet arrêt est topique. Nous pensons que, sous le rapport que nous envisageons ici, il mérite toute la confiance des jurisconsultes.

79. A côté du jeu, la loi met le pari, dont les principes tont à ses yeux les mêmes.

Le pari est une convention faite sur une proposition alternative, et d'après laquelle chaque partie, se posant en adversaire de l'autre, nie la proposition affirmée, affirme la proposition niée, et attache un gain à la réussite éventuelle et incertaine de ce qu'elle a avancé.

Le pari, en italien *scommessa*, en latin *spontio* (3), était en usage chez les Romains ; leur littérrture nous en offre plusieurs exemples curieux (4).

Virgile a chanté le pari du berger Damète avec Ménalque se disputant la supériorité dans le chant (5).

(1) Dalloz, XXXII, 1, 120.
(2) 29 août 1828 (Dalloz, XXIX, 2, 136).
(3) Marcianus, l. 3, D., *de aleat.*
(4) Budæus ad leg. 2, *de origine juris.*
(5) Eclog. III.

Dans le temps qu'Antoine étalait en Orient son luxe et sa gourmandise (1), Cléopâtre, dont rien n'égalait le faste, le plaisantait sur la médiocrité de ses festins. " Que faut-il donc faire, dit Antoine, pour ajouter à leur magnificence ?— Parions, répondit Cléopâtre, que je dépense dix millions de sesterces en un seul repas." Antoine, qui croyait la chose impossible, accepta le défi (2), et Plancus en fut constitué juge (3). Le lendemain, le souper qui devait décider cette grave question (4) fut servi. Rien n'annonçait plus de luxe qu'à l'ordinaire, et Antoine demandait d'un ton railleur qu'on produisît le compte. Au second service, on place devant la reine un vase plein d'un certain acide. Cléopâtre qui avait à ses oreilles deux perles les plus belles et les plus grosses qui eussent jamais paru, magnifique héritage des rois d'Orient, en détache une, la jette dans l'acide, et aussitôt qu'elle la voit dissoute, elle l'avale (5). Puis, elle prend la seconde et se prépare à recommencer. Mais Plancus, juge du pari, l'arrête et proclame qu'Antoine est vaincu (6).

La perle ainsi sauvée resta, pour le dire en passant, fort célèbre. Après que Cléopâtre fut tombée au pouvoir du vainqueur, cette perle fut sciée en deux pour faire des pendants d'oreilles à la Vénus du Panthéon de Rome. La moitié d'un souper de ces débauchés fit la parure d'une déesse !

80. Enfin, pour ne pas multiplier inutilement les exemples, je me bornerai à dire ici qu'on était également dans l'usage de parier de l'argent à l'occasion des jeux qui exerçaient la

(1) Pline, IX, 58 (t. VII, p. 98, éd., Panck.) ; Macrobe, *Saturn.*, II, 13. *Suprà, Séquestre*, n. 258, note.

(2) *Sponsionibus factis* (Pline).

(3) *Judex sponsionis.* Macrobe l'appelle : *arbiter tam honesti certaminis.*

(4) *Tantæ quæstionis.*

(5) *Ac liquefactum absorbuit.*

(6) Straccha appelle ce pari : *pulchram et memorabilem sponsionem* (*de Sponsion.*, 1a pars, 2).

force, le courage ou l'adresse ; et ces paris étaient reconnus par la loi (1).

81. Ordinairement les parieurs déposaient entre les mains d'un juge (2) le prix destiné au gagnant (3), ou bien un anneau, en signe d'arrhes (4) ; et si ce juge ne donnait pas fidèlement au vainqueur la chose déposée, on avait contre lui l'action *præscriptis verbis* (5). Quand le pari était déshonnête, chacun avait contre lui la répétition de la chose déposée (6).

82. En principe et en pratique, il y a trois espèces de pari :

Le premier a lieu quand on dépose les gages du pari entre les mains d'un tiers (7). Nous venons de signaler ce cas par des exemples. Le pari porte alors le nom de gageure, à cause des gages donnés et consignés (8).

83. Le second a lieu quand on se contente d'une promesse réciproque. Par exemple, je parie avec Jacques 200 francs que dans trois mois tel vaisseau sera rentré dans le port du Havre, et Jacques parie qu'il n'arrivera pas. Chez les Romains, ce pari se contractait par la voie solennelle de la stipulation et de la restipulation (9), et c'était le plus usuel. Voilà pourquoi le pari portait chez eux le nom de *sponsio*, tandis que chez nous, où la consignation des gages est plus fréquente, le pari s'appelle plus ordinairement gageure (10).

On trouve dans l'histoire romaine un exemple de pari par stipulation et restipulation. Le consul Lutatius et le prêteur Valérius avaient détruit la flotte carthaginoise dans les pa-

(1) Marcianus, l. 3, D., *de aleat.*

(2) Dans le pari de Cléopâtre, c'est Plancus qui est le juge. Dans le pari des deux bergers de Virgile, c'est Palémon.

(3) *Depono*, dit Damète, *tu dic mecum quo pignore certes.*

(4) Ulpien, l. 17, § 5, D., *præscript. verb.* ; Pline, XXXIII, 6.

(5) Ulpien, *loc. cit.*

(6) *Id.*

(7) *Id.*

(8) Loyseau, *Déguerpiss*, IV, 3.

(9) Loyseau, *loc. cit.*

(10) Id.

rages de Sicile, et le sénat avait décerné à Lutatius les honneurs du triomphe. Valérius prétendit à la même récompense. Mais Lutatius s'y opposa. Une vive dispute s'éleva entre les deux ; Valérius offre le pari que c'est sous sa conduite que la flotte carthaginoise a été écrasée (1). Lutatius accepte solennellement le pari (2), et Atilius Calatinus est choisi pour juge. Alors Valérius cherche à prouver que Lutatius était couché dans sa litière et hors d'état de marcher. Calatinus, sans attendre que le consul prît la parole, fit cette question à son adversaire : " Si vous aviez été d'un avis opposé à Lutatius sur le moment décisif pour livrer la bataille, qui de vous ou de lui l'aurait emporté ?— Lutatius, répondit le prêteur.—Et si vos augures eussent été différents de ceux du consul, lesquels auraient eu la préférence ?—Ceux du consul.—Eh bien ! dit alors l'arbitre, puisque dans cette contestation il s'agit du commandement et des auspices, je n'ai plus rien à examiner. Lutatius, je vous donne gain de cause : *Secundum te litem facio* (3)."

84. La troisième espèce de pari a lieu quand l'un des contractants donne à l'autre une somme qu'il gardera si son pari se réalise, mais qu'il rendra au double ou au triple s'il le perd.

Voici l'exemple que donne Straccha de cette espèce de pari : le siège pontifical étant vacant, les paris s'ouvrent (comme cela avait lieu ordinairement en Italie à une certaine époque (4), sur l'élection du nouveau pape. Je soutiens que c'est le cardinal de Monte qui sera élu ; Titius gage que non, et il me remet 200 francs, qui m'appartiendront si le cardinal est nommé. Que si, au contraire, c'est un autre cardinal, je promets de rendre les 200 fr. à Titius et de lui en donner

(1) Sponsione Lutatium provocavit : *in suo ductu punica classis esset oppressa.* (Valère Maxime, l. II, c. VIII, n. 2).

(2) *Nec dubitavit restipulari Lutatius.* (*Id*).

(3) Valer. Maxim., lib. II, c. VIII, n. 2.

(4) *Ut plerumque assolet,* dit Straccha (2a pars, 4).

encore autant de mes propres deniers (1). Nous verrons, au n. 167, un autre exemple emprunté à des faits plus récents et plus pratiques. Je parlerai aussi, au n. 169, d'une combinaison fort utile et fort licite qui s'en rapproche beaucoup à certains égards, mais dont l'esprit et le but s'éloignent tout à fait de l'intention de la gageure, et ne permettent pas de la confondre avec elle.

85. Dans l'ancienne jurisprudence, on n'était pas d'accord sur la valeur juridique des paris et gageures. Azon pensait que ces contrats n'étaient valables que lorsqu'ils intervenaient sur des jeux propres à exercer le corps, et il se fondait sur la loi 3, D., *de aleat.* (2). Loyseau nous apprend même que c'était une opinion populaire (bien qu'erronée, suivant lui) qu'il n'y a point d'action pour les *gageures ludicres* (3) ; que quand on n'avait pas déposé de gages et qu'on s'était contenté de simples promesses, *cela était bon pour faire honte à celui qui ne voulait pas payer*, *mais non pas pour agir contre lui en justice contentieuse* (4). On disait au soutien de ce sentiment : " Il y a des gens faciles à contredire, ou entêtés dans leurs idées, qui pour la moindre chose soulèvent des controverses et provoquent des paris avec légèreté. Il ne faut pas que la justice soit importunée de ces bravades qui n'ont rien d'assez sérieux. L'on doit s'en tenir sagement au sénatus-consulte en vigueur chez les Romains, qui ne permettait d'intéresser que les jeux favorables au développement de l'adresse et de la force du corps (5).

86. D'autres, au contraire, comme Straccha (6) et Scaccia (7),

(1) Straccha, *loc. cit.*

(2) Sur le tit. *de relig.*, C., n. 4.

(3) *Déguerp*, IV, 3, 15.

(4) *Idem*, 14.

(5) Voy. Straccha, *loc. cit.* ; et Scaccia, § 1, q. 1, n. 88. C'était l'avis de Paul de Castro, qui refusa de donner une consultation en faveur de la validité d'un pari.

(6) 3a pars, 1, 2, 3.

(7) § 1, quæst. 1, n. 88.

pensaient que, toutes les fois que le pari n'était pas fait à l'occasion d'une chose déshonnête, il formait un contrat que l'on ne devait pas mépriser. C'était aussi le sentiment de Loyseau (1), de Danty (2), Expilly (3), Emerigon (4), et autres cités par ce dernier. On argumentait de la loi 17, § 5, D., *de præscript. verb.*, dont le texte est en effet bien positif. Et quant à la loi 3, D., *de aleat.*, elle doit être entendue, disait-on, *secundum subjectam materiam.* De quoi est-il question à son point de vue ? Des jeux. Quand donc elle défend les gageures, ce n'est que par rapport aux jeux que le titre *De aleatoribus* proscrit ; mais ce n'est pas par rapport à d'autres sujets qui ne sont pas des jeux et ne rentrent pas dans le titre *De aleatoribus*, sans quoi on arriverait à proscrire tous les paris qui sont en usage.

87. Objecterait-on (5) que l'on doit appeler jeu toutes les combinaisons qui ont pour base les hasards de la fortune ? Dira-t-on avec Azon que *ludus aleæ dicitur, omnis ludus qui viribus fortunæ innititur ?* Mais, répond Straccha, il n'y a pas de jeu sans faits et actes extérieurs ; *ludus in factis dicitur :* voilà pourquoi il a été défini par les docteurs : " *Peractum* " *facti delectabilis quandoque virtutis gratiâ parati, quandoque* " *lucri, quandoque voluptatis, tantum cessatio a negotiis.*" Or toutes les gageures ne sont pas dépendantes de jeux proprement dits ; et alors pourquoi ne vaudraient-elles pas comme conventions faites sous une condition casuelle ou mixte ? L'usage en est général, surtout dans le commere, et la coutume prouve qu'il ne faut pas s'armer de tant de sévérité (6).

Beaucoup de graves théologiens, saint Thomas (7), Na-

(1) *Loc. cit.*

(2) P. 229.

(3) Pl. 4.

(4) *Des Assurances*, ch. I, sect. 1, p. 9.

(5) Straccha, n. 4.

(6) Scaccia, § 1, q. 1, n. 89.

(7) T. 2, quæst. 32, art. 7.

varre et autres rappelés par Danty (1), confirmaient cette manière de voir ; elle a eu la sanction de plusieurs arrêts (2).

88. Pour terminer ce tableau de l'ancien droit, je rappellerai quelques exemples de paris que Straccha passe en revue.

Caïus a promis à Titius de lui donner 100 si l'empereur ou le pape meurt dans l'année, et, par contre, Titius promet 100 à Caïus s'il n'y a pas décès. Straccha, après avoir rappelé l'opinon de Paul de Castro (3), qui tient cette stipulation pour nulle, quoiqu'elle soit approuvée par de savants jurisconsultes, la déclare valable. L'usage de ces paris, dit-il, est extrêmement fréquent parmi les marchands de Florence ; d'ailleurs l'expectative de la mort d'un souverain ne peut être placée parmi les conditions réprouvées : c'est là un événement politique dont les affaires publiques seront certainement affectées et dont il leur est permis de s'inquiéter. Ce n'est pas là souhaiter la mort d'un homme. Un tel pari est bien différent de celui qu'on ferait sur la mort d'un particulier malade ou d'un ennemi.

Straccha examine encore la légitimité des gageures suivantes : si le duc de Saxe perdra cette année sa principauté ; si l'empereur prendra Strasbourg ou Ulm ; s'il fera le voyage d'Italie ; s'il sera couronné, etc., etc., Quelle différence y a-t-il entre ces pactes et l'achat d'un coup de filet autorisé par les lois (4)? D'ailleurs ne trouvons-nous pas dans le *Digeste* les stipulations que voici : Je vous donnerai 100 si un tel navire arrive, ou si Titius est fait consul (5) ? C'est pourquoi,

(1) P. 232.

(2) Danty, p. 234 ; Despeisses, t. 1, p. 1, t. 10 ; Catellan, liv. V, ch. LXI ; Brillon, v° *Gageure*. Il y a cependant des arrêts contraires.

(3) Sur la loi *a Titio*, D , *de verb. oblig.* ; voy. aussi Scaccia, *loc. cit.*

(4) L. 11, § 18, et l. 12, D., *de act. empt.* ; l. 8, § 1, D., *de cont. empt.* ; mon *Comm. de la Vente*, n°s 204 et 205.

(5) Scævola, l. 129, D., *de verb. oblig.*; Papin., l. 126, D., *id.*; Julianus, l. 57, D., *id.*, Afric., l. 63, D., *id.*; Afric., l. 64, *id.* Voy. aussi Scaccia, § 1, q, 1, n. 90.

ajoute Straccha, rien de plus fréquent à Ancône que les paris sur l'arrivée des navires.

89. Mais si tous ces divers paris étaient admis dans la patrie de Straccha, d'autres statuts voisins s'étaient montrés plus difficiles et avaient apporté un frein à cette manie familière à l'Italie. Le statut de Gênes de 1588 défend en effet les gageures et les paris (*vadimonia seu partita*) sur la vie du pape, de l'empereur, des rois, des cardinaux, des ducs, princes, évêques, personnes ecclésiastiques ou séculières constituées en dignités ;— sur l'acquisition, la perte ou les changements de royautés, empires, provinces, villes, etc., etc. ;—sur le sort des batailles, le succès des armées et des flottes, le résultat des sièges, etc., etc. ;—sur les mariages à contracter ou non, sur la grossesse des femmes, sur le départ, l'arrivée des navires ;—sur les élections des princes, ducs, magistrats ;—sur la possibilité d'une guerre ou d'une peste (1).

90. Ce détail d'exclusions est fort étendu ; néanmoins, il y a beaucoup de gageures qu'il laisse en dehors ; et, par une conséquence logique, on peut les considérer comme n'étant pas désapprouvées par le statut.

(1) Sine licentia senatus non possint fieri securitates, vadimonia, seu partita, super *vita pontificis, neque super vita imperatoris, neque super vita regum, nec cardinalium, neque ducum*, principum, episcoporum, neque aliorum dominorum, aut personarum ecclesiasticarum seu secularium, in dignitate constitutarum.

Non possint etiam fieri super acquisitione, amissione, seu mutatione dominorum, statuum, regnorum, provinciarum, ducatuum, civitatum, terrarum, seu locorum.

Nec possint similiter fieri super felici seu infelici successu exercituum, classium, seu expeditionum, neque eorum adventu, neque recessu, neque super expugnatione, aut defensione aliqua.

Non possint pariter fieri super matrimoniis contrahendis vel non contrahendis, super uxoribus ducendis aut non, neque super partu mulierum ; neque navium aut aliorum appulsu vel recessu.

Non possint fieri super futura vel non futura peste aut bello, neque super electione ducis aut magistratuum reipublicæ, et demum super aliis quibusvis habentibus speciem aut formam vadimonii, securitatis, seu partiti. Sed omnia intelliguntur ut sint prohibita.

Ce qu'il y a de sûr, c'est que la jurisprudence française n'était pas toujours hostile à ceux de ces paris qui n'avaient pas la prétention de s'immiscer dans les affaires délicates passées en revue par le statut de Gênes.

Un curé étant venu prendre sa dîme sur le champ d'un paysan, le curé prétendit que l'on en était à la quarantième gerbe, le paysan que ce n'était que la trentième. Un débat s'engage : le curé parie sa dîme. La gageure est tenue. On appelle un passant pour en être juge et pour refaire le compte. Le paysan ayant gagné refuse de payer la dîme. Arrêt du parlement de Toulouse de 1668 qui juge la gageure bonne, et décide que le curé ne peut rien demander (1).

91. Emerigon nous apprend de plus que dans beaucoup de ports de mer on approuvait les assurances par gageure. Par exemple : Si mes marchandises périssent, vous me donnerez 1000, et si elles arrivent à bon sauvement, je vous donnerai 10 (2). Les places de Florence, Naples, etc., n'y voyaient rien d'illicite. Disons cependant qu'elles ont fini par être proscrites ; la navigation intéresse la république, et il serait odieux qu'on se mît dans le cas de désirer la perte d'un navire ; d'ailleurs, l'avidité du gain est capable de produire des perfidies qu'il importe de prévenir (3).

92. Au reste, de telles gageures ne doivent pas être confondues avec les assurances. Dans l'assurance, je fais assurer pour 100 écus mes marchandises, qui en valent 900,000, et s'il n'y a pas en réalité de marchandises valant cette somme exposées aux risques de la mer, il n'y a pas d'assurance. Dans la gageure, au contraire, peu importe la valeur des marchandises. Quand même la valeur ne serait pas réelle, le contrat n'existerait pas moins ; car ce n'est pas l'assurance

(1) Catellan, liv. V, ch. LXI ; Brillon, v° *Gageure.*

(2) Arg. des lois 63 et 129, D., *de verb. oblig.*

(3) Emerigon, p. 6 ; Casaregis, disc. 7 et 15 ; et ord. de la marine. Alauzet cite des statuts nombreux, t. II, n. 538.

proprement dite de quelque chose de réel que l'on poursuit, c'est une simple spéculation sur un événement incertain (1).

93. Les rédacteurs du code civil ont considéré que les paris et les gageures participent de tous les inconvénients du jeu, et qu'ils sont gouvernés par les mêmes principes (2). Scaccia, quoique partisan des gageures, a dit que les arguments tirés du jeu peuvent être appliqués *à pari* aux gageures (3) : c'est ce qu'a fait le code civil.

Le pari, qui, sans être une récréation de la même nature que le jeu, a cependant les plus grandes ressemblaces avec le jeu (4), est sans doute un contrat qui n'a rien d'immoral en lui-même quand il roule sur des choses ludicres, comme dit Loyseau, et sert d'amusement ou de provocation badine. Il oblige la conscience du perdant. Mais le traduire en action en justice serait donner trop d'importance à une chose qui n'en mérite pas. Que s'il se tourne en spéculation intéressée, il n'est pas assez digne de faveur pour mériter que la justice le prenne sous sa protection. Les parieurs se trouvent dans la même position que les joueurs, faisant des vœux l'un contre l'autre, se rapprochant pour se combattre, s'excitant à de mauvais sentiments : " *Vadientes*, dit Conradus, (5), *postea* " *incipiunt se odire*, *nempe victus vincentem ;* et sæpe in vadia- " tione, *contentiose agitur* ; et sic contractus factus est principaliter spe lucri..." Quoi de plus vain, d'ailleurs, que ces prévisions d'événements incertains ? Quoi de plus téméraire que ces défis du hasard qui ne concourent à aucun résultat

(1) Emerigon, *loc. cit. ;* Deluca, *de credito*, disc. CXI, nos 4 et 5 ; Casaregis, disc. 7, n. 5.

(2) *Exposé des motifs*, Portalis (Fenet, t. XIV, p. 542).

(3) § 1, q. 1, n. 91.

(4) *Ludere non est aliud quam species sponsionis, et ludus reducitur ad speciem sponsionis, quamvis nonnihil discriminis agnoscatur quum ludus, gratia recreationis, assumitur... Sponsiones non gratia recreationis sunt inventæ. Sed quid plura ? Ludere et spondere sunt unum.* (Scaccia, q. 1, § 1, n. 91).

(5) *De contract.*, q. 71, n. 2 ; Scaccia le cite et le réfute, § 1, q. 1, n. 92.

sérieux et utile, et sont dictés ou par l'obstination et une orgueilleuse confiance en soi-même, ou par des espérances de gain sans autre secours que le sort aveugle ?

94. Tel est le point de vue du code civil.

Il faut reconnaître cependant que ce n'est pas celui que les jurisconsultes classiques, dans l'ancien droit commercial, voyaient avec le plus de faveur ; d'autant que le négoce a toujours eu beaucoup de tendance à faire entrer le pari dans les habitudes de plusieurs opérations et spéculations.

Nous avons vu ci-dessus (1) ce que les auteurs italiens les plus accrédités nous ont appris des usages suivis dans cette patrie de la jurisprudence commerciale. Il y en a un exemple plus curieux que tous les autres, et qu'à cause de cela je ne puis mes dispenser de mentionner ici. L'élection d'un pape donnait lieu à des gageures nombreuses, dont les parieurs étaient dans l'usage de vendre la chance par des cessions qui, en peu d'heures, passaient de main en main et donnaient lieu à des variations de cours, de telle sorte que ce cours croissait ou décroissait selon que l'espérance allait en augmentant ou en déclinant (2).

Enfin, si nous quittons les villes de commerce de l'Italie pour rentrer dans nos pratiques françaises, nous verrons plus tard l'usage moderne des marchés fictifs, ou paris de *différences*, qui, malgré la loi, se pratiquent sans cesse sur les marchandises et sur les fonds publics.

Scaccia a cherché à défendre, en thèse, le pari des reproches dont on l'accuse. A l'autorité des textes mis en avant par Straccha et rappelés ci-dessus, nº 88, il s'efforce de joindre celle de la raison. C'est une erreur, suivant lui, de voir dans le pari les mêmes inconvénients que dans le jeu. Le joueur ne sait pas ce qu'il hasarde quand il commence à jouer ; la perte l'entraîne, il perd la raison, il n'est plus *sui juris*, et, pour recouvrer ce qu'il a perdu, le voilà qui aventure son

(1) *Suprà*, n. 88.

(2) Scaccia, § 1, q. 1, n. 100, *in fine*.

Ces paris furent défendus par une bulle du pape Pie IV. (*Id.*, n. 124).

patrimoine, qui compromet le repos et le bien-être de sa famille, s'abandonne à la colère, aux blasphèmes, etc., etc. Mais rien de tout cela dans la gageure. On parie moins pour le gain que pour la satisfaction d'un désir, d'une espérance ! Pierre désire avoir un fils ; il parie 100 qu'il aura une fille. N'aime-t-il pas mieux perdre les 100 et avoir un fils ? Je désire qu'un tel, dont j'attends les faveurs, soit nommé duc. Je parie 100 qu'il ne le sera pas, avec vous qui le redoutez. Est-ce que je ne ferai pas des vœux pour perdre ? Est-ce que je ne serai pas content du sacrifice de cette somme ? Car, en me faisant perdre, le sort me fera gagner (1). Le pari n'a donc pas les conséquences du jeu ; il est comme un remède, une consolation, une compensation à un événement malheureux : *Sponsio est veluti remedium, consolatio et compensatio quædam cum casu sinistro.* D'ailleurs, il n'a pas été imaginé pour faire des gains, mais plutôt pour montrer qu'on a de la raison, de l'intelligence, qu'on a prudemment et sagement apprécié les événements. Enfin supposez qu'on parie pour se procurer un gain ; mais du moins la perte est limitée ; on sait à quoi l'on s'est engagé, et on ne dépasse pas ce que l'on avait mis à l'enjeu. Si on recommence à parier, ce n'est pas dans ce premier mouvement, dans cette exaltation fébrile, qui fait que, dans le jeu, on n'est pas maître de soi (2).

95. Ces raisons sont ingénieuses. Mais la critique subsiste. L'expérience prouve que les paris peuvent dégénérer en causes de ruine tout aussi redoutables, tout aussi entraînantes, que le jeu lui-même ; et puis, en prenant le côté spé-

(1) Ceci me rappelle le pari fait au sujet de la naissance de Marie-Antoinette. La princesse sa mère avait parié qu'elle aurait une fille, et un de ses amis qu'elle aurait un fils. Ce dernier, ayant perdu, adressa à la princesse ces jolis vers :

" Ho perduto ; l'augusta figlia
" A pagar m'ha condannato.
" Ma s'egli è ver che vi somiglia,
" Tutt' il mondo ha guadagnato."

(2) Scaccia, § 1, q. 1, n. 95.

culatif que Scaccia donne aux paris quand il en fait la compensation d'un événement sinistre, est-ce qu'il y a là quelque chose d'assez grave pour que la justice soit appelée à s'en occuper ? Il est obligé lui-même de convenir, un peu plus bas, quand il compare l'assurance au pari, que le pari n'a qu'une cause latente dont l'utilité n'apparaît pas, tandis que l'assurance, qui a pour but d'éviter un dommage, a une cause juste et manifestement utile : " *Assecuratio habet evidentem* " *causam justam et utilem*, quia assecuratus intendit evitare " damnum ; *at sponsio habet latentem causam*, *cujus utilitas* " *non apparet* (1)."

Je n'en demande pas davantage.

Mais, dira-t-on, puisque vous vous réunissez aux adversaires des gageures, pourquoi donc admettez-vous la validité de la vente d'un coup de filet (2) ? Y a-t-il entre ces deux combinaisons une assez grande différence pour les traiter avec cette inégalité (3) ?

Oui, sans doute, répondrai-je. Quand j'achète un coup de filet, c'est comme si j'achetais le poisson qui sera pêché. Il y a là une vente caractérisée par les trois éléments constitutifs : *res*, *pretium*, *consensus*. Du reste, point d'esprit contentieux dans ce contrat, point de sentiment d'obstination ou de provocation ; point de vainqueur ni de vaincu. Comment donc serait-il possible de confondre une telle stipulation avec la gageure ? A part le cachet aléatoire, qu'ont-ils de commun (4) ?

(1) § 1, q. 1, n. 131.

(2) Mon *Comm. de la Vente*, nos 204 et 205.

(3) *Suprà*, n. 88, ce qu'en dit Straccha.

(4) Add. *Jurisprudence*.— On doit annuler, comme étant l'effet d'une excessive imprudence, ou de l'absence de la raison, un billet à ordre d'une somme énorme, eu égard à la profession et à la condition des parties, qu'a souscrit un individu au milieu d'un repas, pour un pari qu'il serait marié et qu'il aurait des enfants dans un temps déterminé. Angers, 22 février 1809 (D. P., II, 545).

—Mais la convention intervenue après décès et avant la levée des

96. Si le pari a pour objet des jeux permis et encouragés par la loi, il prend un autre caractère, il devient digne de faveur ; le législateur n'y voit qu'un moyen honnête d'entretenir chez les joueurs une émulation louable.

Je trouve à cet égard un ancien arrêt qui mérite d'être cité.

Deux individus de Bordeaux avaient parié un tonneau de vin que l'un d'eux n'arriverait pas à la nage en un certain endroit. Le pari ayant été gagné, un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de mars 1607, ordonna au perdant de payer, bien qu'il s'y refusât et quoiqu'il n'y eût pas de gages consignés (1). Il s'agissait, en effet, d'un exercice qui entretient les forces du corps et rentre dans les cas prévus par l'article 1966 du code civil.

97. Les annales de l'ancienne jurisprudence font mention de beaucoup de paris puérils, et qui n'ont de remarquable que la frivolité des parieurs (2). La nouvelle, au contraire, nous montre le développement de conbinaisons plus relevées et plus ingénieuses, et qui, appliquées aux variations du cours de certains objets de commerce, sont devenues un moyen systématique de jouer en grand. Ces paris sont ce qu'on appelle dans le style des spéculateurs jouer sur les différences. Beaucoup de gens en font aujourd'hui métier. C'est

scellés entre un héritier du sang et un tiers qu'on croit institué légataire universel, portant que, dans le cas où celui-ci serait institué par le défunt, il payerait une somme déterminée à l'héritier du sang, et, réciproquement, que ce dernier payerait au tiers pareille somme dans le cas contraire ; une telle convention ne peut être assimilée à un jeu ou à un pari, mais constitue un véritable contrat aléatoire qui doit recevoir son exécution, même au cas où il n'existerait pas de testament. C'est en vain aussi qu'il serait prétendu qu'un tel contrat est sans cause, alors qu'il n'est allégué ni surprise ni dol. Bordeaux, 4 février 1833 (D. P., XXXIV, 2, 38).

(1) Anton. ad leg. 5, D., *de præscript. verbis ;* Brillon, v° *Gageure.*

(2) Sur les femmes grosses, par exemple. (Danty, p. 234).

une industrie bâtie sur le vent de la fortune. Elle enrichit en un jour ; elle ruine de même.

La plus notable de ces espèces de paris est celle qui a pour objet la hausse ou la baisse des fonds publics (1). Cette matière, quoique usuelle, est assez compliquée ; elle retentit tous les jours dans les tribunaux et y est l'objet de grandes et difficiles controverses. Nous essayerons de l'éclaircir, et si nous rencontrons sur notre chemin des préjugés consacrés par la jurisprudence, nous essayerons, avec la liberté qui nous caractérise, d'en signaler l'erreur, et de ramener les esprits à ce que nous croyons être la vérité.

Lahaie, sur art. 1965, *C. N.* } *Portalis*, exposé des motifs au Corps législatif, 5 mars 1804, n. 7 et 10.—On n'entend parler ici que des jeux de hasard.

Le désir et l'espoir du gain sont pour chaque partie les seuls mobiles du contrat. Ce désir et cet espoir ne s'attachent à aucune action ; ils ne supposent aucune réciprocité de service ; chaque joueur n'espère que de sa fortune, et ne se repose que sur le malheur d'autrui. Les contrats ordinaires rapprochent les hommes ; mais les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent.

Si le jeu n'est qu'un délassement, il n'a rien d'odieux ni d'illicite ; mais alors il ne saurait être du ressort des lois : il leur échappe par son objet et son peu d'importance. Si, au contraire, les obligations et les promesses du jeu présentent assez d'intérêt pour engager à une action en justice, elles offrent une cause trop vicieuse pour légitimer cette action.

Il est des choses qui, bien que licites par elles-mêmes, sont proscrites par la considération des abus et des dangers qu'elles peuvent entraîner. Ignore-t-on que le jeu favorise

(1) Add. C'est à l'occasion du droit commercial que la matière des marchés à terme doit être traitée avec tous les détails qu'elle comporte. Nous ne pouvons entreprendre ici notre travail de conférence de la doctrine.

l'oisiveté, en séparant l'idée du gain de celle du travail, et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme ? Qui ne sait les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoine des familles, au détriment des mœurs publiques ?

Siméon, rapport au Tribunat, 8 mars 1804, n. 7. — La gageure a les mêmes vices originels et les mêmes dangers que le jeu : comme lui, elle ne donne aucune action, lorsqu'elle n'a de base que la recherche et l'amour du gain ; comme lui, elle est tolérée, lorsqu'elle a un objet raisonnable ou plausible, des actes, par exemple, de force ou d'adresse, et qu'elle n'est pas immodérée.

Duveyrier, rapport au Corps législatif, 10 mars 1804, n. 3.— Quant au jeu de hasard, la loi civile doit seulement le dédaigner, le méconnaître, lui refuser son appui, laissant à la police le devoir de réprimer ses désordres, de l'étouffer dans ses repaires, et à la justice criminelle le soin de punir ses fureurs.

(Voyez Siméon, rapport au Tribunat, 8 mars 1804.)

Duveyrier, discours au Corps législatif, 10 mars 1804.

M. Portalis, discussion au Conseil d'Etat. — En France, les lois ont quelquefois puni le jeu comme un délit ; elles ne l'ont jamais protégé comme un contrat. On admet la preuve par témoins quand un citoyen se plaint de ce qu'une promesse contractée au jeu a été cachée sous la forme d'un simple prêt. Nous n'avons pas cru devoir abandonner une jurisprudence si favorable aux bonnes mœurs, et si nécessaire pour prévenir les désordres d'une passion dont tous les législateurs ont cherché à réprimer les excès. Les dispositions de l'ordonnance de 1629 et de la déclaration du 1er mars 1781, sur cette matière, sont encore en vigueur.

Pandectes françaises.—Notre ancienne jurisprudence, basée sur la loi romaine, allait plus loin : elle n'accordait aucune action à ceux qui prêtaient leur maison pour jouer, à raison des délits qui avaient pu être commis contre eux à l'occasion du jeu.

Hua. (Voir l'art. 1967, *dette de jeu.*)—Quoique cette expres-

sion pût, dans son acception la plus étendue, comprendre toute espèce de jeu, on voit par l'article suivant, qu'il faut la restreindre à ceux purement de hasard, ou dans lesquels cette circonstance prédomine.

Delvincourt, t. 2, p. 269.—Le *jeu*, considéré comme contrat, est une convention par laquelle deux joueurs conviennent que celui qui perdra donnera au gagnant une somme ou une chose convenue.

Dans le *pari*, deux personnes conviennent que l'une d'entre elles paiera à l'autre, et réciproquement, une somme ou une chose convenue, en cas qu'une chose soit ou ne soit pas.

Not. 4.—Le jeu et le pari ne sont pas des contrats réels: ils ne sont parfaits que par le seul consentement.

Rolland de Villargues, v. jeu, n. 10.—Il faut remarquer que les obligations qui ont pour causes les pertes faites à des jeux de *hasard*, ou pour le paiement d'un pari, ne sont point aujourd'hui déclarées *nulles et sans effet ;* le Code se borne à ne leur accorder aucune action. Ainsi, le créancier est seulement privé du droit d'agir en justice pour réclamer ce qui lui est dû. Il ne peut, par conséquent, opposer sa créance au débiteur comme une exception à une autre demande; car celui qui propose une exception se rend demandeur: *reus excipiendo fit actor.* (Toullier, t. 6, n. 382.)

Merlin, R., v. jeu, n. 4.— Aussi, toutes les fois qu'il est prouvé qu'une obligation ou un billet ont pour cause une dette de jeu, les juges sont dans l'usage de les déclarer nuls.

Duranton, t. 18, n. 101.—On distingue trois sortes de jeux.

Ceux de pur hasard, tel que la loterie, les dés, etc.;—ceux du hasard et de l'habileté tout à la fois, *mixtes*, comme le piquet, l'impériale ; — enfin les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps.

N. 109.—La loi n'accordant aucune action pour une dette de jeu ou le paiement d'un pari, la demande qui en serait faite en justice ne pourrait même pas être mise au rôle : elle serait dénuée de cause valable.

A. Dalloz, jeu, n. 38.— Presque toujours les joueurs heu-

reux, qui savent fort bien n'avoir pas d'action, se font consentir, pour éluder la loi, ou une vente d'immeubles, ou des effets de commerce, ou même des obligations notariées causées pour prêt. Devant de telles précautions, notre article ne peut rester sans effet. (Dalloz, Rec. alph., t. 9, p. 597, ne le pense pas.) Suivant lui, le perdant pourra être admis à prouver par témoins la cause illicite des contrats qu'on aurait exigés de lui. (Merlin, R., v. jeu, t. 6, p. 546 ; Favard, v. contrat aléatoire, t. 1, p. 692.) En vain dirait-on que l'art. 1341 prohibe cette preuve contre et outre le contenu aux actes, hors les cas d'exception expresse. L'art. 1353 permet au juge d'admettre toute sorte de présomption concluante en cas de fraude, et sa disposition est illimitée. Au surplus, par cela seul que l'art. 1965 refuse une action, il a fappé de stérilité les obligations qui naissent du jeu, et introduit par conséquent une nouvelle exception à l'art. 1341. (Dalloz, Rec. alph., t. 9, p. 597, n. 6.)

(Voir arrêt de Limoge, 2 juin 1819, Dalloz, *id.*, n. 5 de la p. 599.)

A. Dalloz, jeu et pari, n. 50.—*La loi n'accorde aucune action pour le paiement d'un pari.* Cette disposition s'applique même au cas où le pari a pour objet des jeux propres à l'exercice du corps de la part d'un tiers ; car il est toujour jeu de hasard à l'égard des parties, qui ne sont rien par elles-mêmes. Toutefois, comme dans le jeu, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. Dalloz, Rec. alph., t. 9, p. 600, n. 5.

---

* *Smith*, *On Contracts*, *p.* 272 *à* 274. } No action lies to recover money paid on an illegal contract.

There is one other point which I will notice before altogether leaving the head of illegality. I have hitherto spoken of illegality as avoiding a contract, and of course operating by way of defence to any action brought upon the contract which it affects. But put the case that an illegal contract has

been in part performed—that money, for instance, has been paid in pursuance of it—*no action will lie to recover that money back again.* At an early period of the law it was thought that such an action might be perhaps maintainable upon the ordinary principle, that an action will lie to recover back money which has been paid on a consideration which has failed. Thus, for instance, in the common case of an insurance, supposing that I insure a ship during a voyage, and she never sails upon it, I should be entitled to recover back the money as paid upon a consideration which had failed: for the consideration for my paying the premium was the risk the underwriter was to take upon himself; but as the risk was to be contemporaneous with the voyage and as that never commenced, so neither did the risk, and, consequently, nothing was ever given in exchange for the money. So, in the ordinary case of an action for a deposit. If A. sells an estate to B., B. paying a part of the purchase-money as a deposit, if A. afterwards prove unable to make out a title, B. may recover back the money deposited for the consideration; for the sale has become abortive. Such are the common cases, and the common rule: where money has been paid upon a consideration which totally fails, an action will lie to recover it back again. But it is otherwise where the contract was an illegal one. Where money is paid in pursuance of an illegal contract, the consideration of course fails, for it is impossible for the party who has paid the money to enforce the performance of the illegal contract. Still, no action will lie to recover it back again. The reason of this is, that the law will not assist a party to an illegal contract. He has lost his money, it is true, but he has lost it by his own folly in entering into a transaction which the law forbids. You will see instances of this in the cases cited below (1), the last of which, *Lubbock* v. *Potts*,

(1) *M'Kinnell* v. *Robinson*, 3 M. & W. 441; *Howson* v. *Hancock*, 8 T. R. 575; *Browning* v. *Morris*, Cowp. 790; and *Lubbock* v. *Potts*, 7 East, 449.

is the very case I put, that of an insurance, in which, if the risk be not run, the premium may be recovered back again ; but in that case the insurance was an illegal one, and it was therefore held that, though it could not have been enforced, the insured should not recover back the premium. The point is forcibly put by L. C. J. *Wilmot*, in his celebrated judgment in *Collins* v. *Blantern*, which I have several times cited from 2 Wilson, 341. " Whoever," says his Lordship, " is a party to an unlawful contract, if he have once paid the money contracted to be paid in pursuance thereof, he shall not have the help of a Court to fetch it back again. You shall not have a right of action when you come into a Court of Justice in this unclean manner to recover it back."

---

* *Oliphant*, *On Horses*, *Gaming*, *etc.*, *p.* 420, 421. } The Test whether a demand connected with an illegal transaction is capable of being enforced at law, is, whether the plaintiff requires any aid from the illegal transaction to establish his case (1). As where illegality appeared upon the plaintiff's own showing, who was unable to establish his case, without setting up an illegal agreement (2).

Bills of Exchange, Promissory Notes, or Mortgages given for money lent knowingly for the purpose of Gaming, or playing at any Game, or lent at the time and place of such play (3), to persons who during any part of the time mayplay, are to be deemed to have been given for an illegal consideration (4).

(1) *Simpson* v. *Bloss*, 7 Taunt. 246 ; *Fivaz* v. *Micholls*, 2 C. B. 501, 513 ; Broom's Maxims, 4th ed. 692, 693. See *ante*, 397.

(2) See *Martin* v. *Smith*, 6 Scott, N. R. 272.

(3) If the money is lent at the time and place, the purpose of the loan is assumed ; *Foot* v. *Baker*, 5 M. & G. 339.

(4) 5 & 6 Will. 4, c. 41 and see Giving a Security for a Bet, p. 402.

[ARTICLE 1927.]

* 3 *Meeson & Welsby's Rep.*, *McKinnell* v. *Robinson*, *p.* 434 *et s.* } Money lent for the purpose of gaming, and of playing with at an illegal game, such as Hazard, cannot be recovered back.

Assumpsit.—The second and third counts of the declaration were in indebitatus assumpsit for money lent, and for money found to be due upon an account stated. To these counts the defendants pleaded, that the said sum of 30*l.* in the second count mentioned, was borrowed by the defendant, as the plaintiff then well knew, and was knowingly lent by the plaintiff to the defendant in a certain common gambling room, in and parcel of a certain messuage and premises, for the purpose of the defendant's illegally playing and gaming therewith, at and in the said gambling room, at a certain illegal game, to wit, the game of Hazard, contrary to the statute in such case made and provided; and that the account in the last count mentioned was had and stated of and concerning the said sum of 30*l.* in the second count mentioned, also borrowed and lent as aforesaid, and for and in respect of no other debts or moneys whatever. Verification.

Demurrer, assigning for cause, that the several matters in the last plea pleaded and set forth afford no answer to the second and last counts, inasmuch as money lent for the purpose of gaming with, as in the last plea mentioned, and money found to be due on an account stated respecting money so lent, is recoverable by action at law.

Crompton, in support of the demurrer.—It has been settled that it is no defence to an action for money lent, that it was lent for the purposes of gaming, and that the statute 9 Anne, c. 16, does not avoid parol contracts, but only the securities given for money knowingly lent for the purposes of gaming. In *Barjeau* v. *Wamlsley*, 2 Stra. 1249, the plaintiff having won all the defendant's ready money at tossing for five guineas a time, lent him ten guineas at a time, and won it, till the defendant had borrowed 120 guineas: and it was held, in an action for money lent, that this was not a case within the statute 9 Anne, c. 14. That statute enacts,

(section 1,) that "all notes, bills, bonds, judgments, mortgages, *or other securities* or conveyances whatsoever, given, granted, drawn, entered into, or executed by any person or persons whatsoever, where the whole or any part of the consideration of such conveyances or securities shall be for any money, or other valuable thing whatsoever, won by gaming at cards, dice, tables, tennis, bowls, or other games whatsoever, or by betting on the sides or hands of such as do game at any of the games aforesaid, or for the reimbursing or repaying any money knowingly lent or advanced for such gaming or betting as aforesaid, or lent and advanced at the time and place of such play, to any person or persons so gaming or betting as aforesaid, or that shall, during such play, so play or bet, shall be wholly void." And in *Robinson* v. *Bland*, 2 Burr. 1077, 1, W. Black. 260, Lord *Mansfield* says: "As to the money lent, the sense of the legislature seems to me to be agreeable to the cases that have been cited. The act of 16 Car. 2, c. 7, s. 3, does not meddle with money lent at play. But as to money lost, and not paid down at the time of losing it, it says, 'That the loser shall not be compelled to make it good; but the contract and contracts for the same and for every part thereof, and all securities, shall be utterly void,' &c. The words, 'contract and contracts for the same,' are not in 9 Anne, and I dare say designedly left out." And *Wilmot*, J., says: "As to the money lent, the cases that have been cited are in point that it is recoverable. But if there were none, yet I should be clear that the plaintiff may maintain an action for *that*." In that case there was a security given also, and *Wilmot*, J., adds, "The contract may certainly be good, though the security be void." So in *Alcinbrook* v. *Hall*, 2 Wilson, 309, it was held that an action lay, where money had been lost by the defendant on a bet upon a horse-race, which had been paid by the plaintiff at the defendant's request. And in *Wettenhall* v. *Wood*, 1 Esp. 18, it was ruled by Lord *Kenyon* that money lent to play with, without any security, was recoverable in

assumpsit. Lord *Kenyon* was clearly of opinion that it was recoverable, "for that the stat. 9 Anne, c. 14, only avoided *securities* for money lent to play with, and did not extend to cases of mere loans without any security taken." The case of *Young* v. *Moore*, 2 Wils. 67, where the defendant, who had been arrested for money won at play, was discharged out of custody on entering a common appearance, does not affect the question, that being the case of money lost at play. All the cases show that the money being lent for the purpose of playing with, or of paying losses at play, does not prevent a contract to repay the loan from arising.

Wightman, contrà.—This plea states that the money was knowingly lent by the plaintiff to the defendant in a common gambling room, in and part of a certain messuage and premises, for the purpose of the defendant illegally playing and gaming therewith, at and in the said gambling room, at a certain illegal game, to wit, the game of Hazard; so that the demurrer admits, that the money was expressly lent for the purpose of playing at Hazard. In all the cases which have been cited, it was hardly brought to the attention of the Court, that the party must recover through the medium of an illegal transaction. All the subsequent cases proceeded upon the authority of *Robinson* v. *Bland*, where it does not appear that the money was lent to pay at an illegal game, but the contrary, for the act of gaming was not illegal in France, where the money was lent; and it was said that it might have been a very meritorious act, as Sir John Bland, being in a foreign country, might very naturally have been distressed, under his then situation amongst foreigners, for want of ready money, or knowing how to procure it. But here this game is altogether illegal. [Lord *Abinger*, C. B. — How do you show it to be illegal?] It is a game prohibited by the stat. 16 Car. 2, c. 7. The second section of that statute enacts, that if any person shall by fraud, shift, cousenage, circumvention, deceit, or unlawful device, or ill-practice whatsoever, in playing at or with

cards, dice, tables, &c., win any money, every person so offending shall forfeit treble the value of the money so won. [*Alderson*, B. — The game of Hazard is expressly mentioned in the 12 Geo. 2, c. 28. The first section recites the former statutes; and the second declares, that the game of the Ace of Hearts, Pharaoh, Basset, and Hazard, are, and are thereby declared to be, games or lotteries by cards or dice within the meaning of the before-recited acts ; and that every person keeping or maintaining the said games shall be subject to the penalties inflicted by that act upon any person who should set up, erect, continue, or keep any of the games or lotteries in that act mentioned. And the third section prohibits the playing at those games under a penalty of 50*l*. *Bolland*, B. — The statute 16 Car. 2, c. 7, does not make it illegal to play at games with cards or dice; it only makes cheating at those games illegal. *Parke*, B. — The stat. 18, Geo. 2, c. 34, appears to make it illegal to play at any game with cards or dice. The second section enacts, "that if any person or persons whatsoever shall play at the game of Roulet, otherwise Roly-poly, or at any game or games with cards or dice already prohibited by law, every such person so offending shall incur the penalties" directed by the stat. 12 Geo. 2, c. 28. This is money lent to a man to enable him to do an illegal act.] All that the defendant has to show is, that Hazard is an illegal game, and it is quite clear that it is so. All the text writers have fallen into the error, that *Robinson* v. *Bland* decided that money lent to play with, though at an illegal game, could be recovered back; but it decided no such thing, [Lord *Abinger*, C. B. — Have you looked at *Cannan* v. *Bryce*, 3, B. & Ald. 179, which was decided by Lord Chief Justice *Abbott*, and the Court of King's Bench ?] Yes. It was there held, that money lent, and applied by the borrower, for the express purpose of settling losses on illegal stock-jobbing transactions, to which the lender was no party, but knew the purposes to which the money was to be applied, could not be recovered back by

him: — that as the act of Parliament had prohibited the transaction, the contract whereby it was to be carried into effect was illegal. — He also cited *Clayton* v. *Dilly*, 4 Taunt. 165, and *Hastelow* v. *Juckson*, 8, B. & Cr. 221."

Crompton, in reply. — The statutes which have been referred to do not make it illegal in two individuals to play at Hazard: it is only playing at public gaming tables that is prohibited by them. There are two classes of enactments. The statutes which regulate private gaming, and which alone are applicable to this case, are the 16 Car. 2, c. 7, and the 9 Anne, c. 14. The other class was to prevent the setting up lotteries and gaming tables. In the old statute of 33 Hen. 8, c. 7, s, 11, a penalty of 6*s*. 8*d*. is imposed upon persons maintaining a house for unlawful gaming. Then comes the 9 Anne, c. 14, which was followed by the 12 Geo. 2, c. 28, which recites the 10 & 11 Will. 3, c. 17, 9 Anne, c. 6, and other acts, which have relation only to public lotteries and gaming tables. If the 12 Geo. 2 was intended to apply to the 9 Anne, c. 14, it is extraordinary that it is not recited in it. The third section of that act depends upon the first. The former enacts, that all and every person and persons who shall be adventurers in any of the said games, lottery or lotteries, sale or sales, or shall play, set at stake or punt at either of the said games of the Ace of Hearts, Pharaoh, Basset, and Hazard, shall forfeit the sum of 50*l*.; — that is, if they play at such games at such tables as are mentioned in the first section, which are public gaming tables. If this plea had shown that the transaction took place at a common gaming table, it might have been an answer. [Lord *Abinger*, C. B. — The exception, of royal palaces, in the 11th section, shows that the act extends to all other houses.] The 18 Geo. 2, c. 34, seems to point to the two distinct classes of cases. The 9 Anne, c. 14, is not referred to in the two first clauses, which relate to public gaming tables, but is referred to and recited in the third section, where the act proceeds to the regulations of both public and private gaming. It does not

appear upon this plea that the money was lent to play with at a common gaming table, which it is submitted it ought to do, to show that it was an illegal contract. [*Alderson*, B. —In *Cannan* v. *Bryce*, Lord C. J. *Abbott* distinguishes the Stock Jobbing Act, 7 Geo. 2, c. 8, from the statute against gaming; and says, "for the latter contains no prohibition against the payment of money lost at play."] In *Pellecat* v. *Angell*, 2 C., M. & R. 311, it was held, that a foreigner selling and delivering goods abroad to a British subject might recover the price, although he knew, at the time of the sale, that the buyer intended to smuggle them into this country. It is submitted that this game is not an illegal one, unless it is played at some public table, and that that ought to appear on the plea. The defendant ought to show that it is a game which is positively prohibited. The statutes which prohibit Hazard seem only to apply to public gaming and the plea does not make this out to have been of that nature. Cur. adv. vult.

The judgment of the Court was now delivered by

Lord Abinger, C. B. — (After stating the pleadings:) As the plea states, that the money for which the action is brought, was lent for the purpose of illegally playing and gaming therewith, at the illegal game of "Hazard," this money cannot be recovered back, on the principle, not for the first time laid down, but fully settled, in the case of *Cannan* v. *Bryce*, 3 B. & Ald. 179. This principle is that the repayment of money, lent for the express purpose of accomplishing an illegal object, cannot be enforced; and there is no doubt but that it is illegal for any person to play at Hazard by the 12 Geo. 2, c. 28, ss. 2 & 3, and 18 Geo. 2, c. 34, s. 2, which imposes a penalty of 50*l*. on all and every person who shall play at that game. But, it is contended, that the authorities are so strong in favour of the maintenance of the action, that we ought not to decide against them. Those relied upon by the plaintiff are the cases of *Barjeau* v. *Warmsley*, 2 Strange, 1249; *Robinson* v. *Bland*, 1 W. Black. 260, 2 Burr.

1077, and *Wettenhall* v. *Wood*, 1 Esp. 16. The first of these cases was decided upon the 9 Anne, c. 14, only. The action was not for money lent for the purpose of playing at a game expressly prohibited by the statute 12 Geo. 2, or any other act; but for money lent exceeding 10*l.* for the purpose of playing with it; and the propriety of the decision, upon the construction of the statute of Anne itself, may well be questioned, as there is much weight in the observation made in the subsequent case of *Young* v. *Moore*, 2 Wils. 67, that as the statute has made all securities for money won at play void, *a fortiori*, all parol contracts of that sort are void. In *Robinson* v. *Bland*, also, the money was not lent to play with at an *illegal* game; and in *Wettenhall* v. *Wood*, Lord *Kenyon*, at *Nisi Prius*, held that money lent to play with at a common gambling house could be recovered back, his Lordship adverting only to the statute of 9 Anne, c. 14, and not having in view the provisions of 12 & 18 Geo. 2, by which all play at certain games is prohibited, and they who play rendered liable to penalties.

The case of *Alcinbrook* v. *Hall*, 2 Wilson, 309, was also cited for the plaintiff. It was an action for a sum exceeding 10*l.*, paid by the plaintiff for the defendant, for a lost wager at a horse-race, and is like the case of *Barjeau* v. *Wamlsley;* it was held that it was recoverable back, notwithstanding the statute 9 Anne. It may be doubted, since the case of *Cannan* v. *Bryce*, whether this case would now be supported; at any rate, the present differs from it, as all play whatever at the game of Hazard is prohibited.

We therefore think, that, notwithstanding these authorities, the money lent cannot be recovered; for it is lent for the express purpose of a violation of the law, and enabling the borrower to do a prohibited act; and the principle is now distinctly laid down in the case above cited, and may be considered as finally settle, that money so lent cannot be recovered. Judgment for the defendant.

In *Carsan* v. *Rambert*, 2 Bay, 560, it was decided, partly on the

authority of *Robinson* v. *Bland*, that the value of a horse lent to stake on a game of cards, and delivered over by the borrower to the winner, might be recovered by the lender in a suit against the borrower. But see *Perkins* v. *Savage*, 15 Wend. 412, confirming *Cannan* v. *Bryce*; and see *Badgley* v. *Beale*, 3 Watts, 263.

1928. Le déni d'action contenu dans l'article qui précède est sujet à exception à l'égard des exercices propres au développement de l'habileté dans l'usage des armes, ainsi qu'à l'égard des courses à cheval ou à pied, ou autres jeux licites qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps.

Néanmoins le tribunal peut, dans sa discrétion, rejeter la demande quand la somme réclamée lui paraît excessive.

1928. The denial of the right of action declared in the preceding article is subject to exception in favor of exercises for promoting skill in the use of arms, and of horse and foot races, and other lawful games which require bodily activity or address.

Nevertheless the court may in its discretion reject the action when the sum demanded appears to be excessive.

---

* *C. N.* 1966. } Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente.

Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive.

Voy autorités sur article précédent.

[ARTICLE 1928.]

Lahaie, sur art. 1966, C. N. } *Portalis*, exposé des motifs au Corps législatif, 5 mars 1804, n. 8.—On conçoit que des citoyens qui jouent à un jeu d'adresse ou d'exercice peuvent, pour soutenir entre eux l'émulation et l'intérêt, stipuler un prix pour le plus adroit et le mieux exercé. Mais si le gain convenu est immodéré, il devient illicite, parce que la cause cesse de lui être proportionnée. D'ailleurs, tous les gains qui passent certaines bornes sont injustes, parce qu'ils n'ont point d'autre cause que la corruption du cœur et l'égarement de l'esprit.

Siméon, rapport au Tribunat, 8 mars 1804, n. 5.— Les jeux d'exercice, ceux qui ne sont pas fondés sur le pur hasard, et auxquels se mêlent des calculs et des combinaisons, ces jeux sont utiles, les uns à développer les forces physiques, les autres à exercer les forces intellectuelles. Ils ne sont pas dangereux, parce qu'ayant un attrait qui leur est propre, on n'a pas besoin de leur en créer un dans un prix excessif, et si on venait à l'y mettre, les tribunaux pourraient traiter comme prohibés des jeux licites dans lesquels on se serait exposé à des pertes ruineuses.

Pandectes françaises.—Il faut borner l'exception aux jeux de la nature de ceux dont l'énumération se trouve ici. Ainsi, le trictrac, les échecs, le billard, etc., ne sauraient produire d'action.

(Voyez *Rogron.*)

Hua.—Sont exceptés, etc. Un motif non moins plausible que celui qui a déterminé l'exception à l'égard des exercices d'adresse, en sollicite une en faveur des jeux qu'on pourrait qualifier d'esprit et de sciences, tels que celui des échecs. Ici le hasard n'est pour rien.

Rejeter la demande, et par conséquent réduire la répétition s'il la croit excessive, sans être obligé de la rejeter en totalité, lorsqu'elle paraît admissible pour partie.

Delvincourt, t. 2, not. 2, p. 270.—Lorsque la somme paraît excessive, c'est une preuve que les parties ont fait du jeu une spéculation d'intérêt, et non un simple moyen d'exercer

leur adresse. Le tribunal peut alors les ranger dans la *classe* générale des joueurs, et leur faire l'application de l'art. 1965.

Rolland de Villargues, v. jeu, n. 12.—Le jeu de billard n'est pas du nombre de ceux qui tiennent à l'adresse.

N. 13.—Quoiqu'il existe de la part du perdant une obligation naturelle de payer les dettes du jeu, il peut néanmoins, lorsqu'il se refuse à les acquitter, établir par tous les *genres de preuves*, même par témoins, qu'un billet dont on lui demande le paiement a eu pour cause une dette de jeu, et en conclure que la demande n'est pas recevable. Il n'y a point à cela de contradiction. (Merlin, R., v. jeu; Toullier, t. 6, n. 382, et t. 10, n. 53; Duranton, des obligations, n. 306.)

Favard, contrat aléatoire, § 1.— La loi dit que le tribunal peut rejeter la demande; elle ne dit pas qu'il puisse la réduire : il faut s'en tenir à ses termes précis. Ce qui est de simple faculté ne peut s'étendre. D'ailleurs, comme le contrat n'a pas de réalité, qu'aucun fonds n'a été fourni, les moyens d'appréciations et de réduction manquent.

Duranton, t. 18, n. 113. — La somme pourrait être jugée *excessive*, bien que le perdant fût fort riche et le gagnant pauvre; car le jeu est un contrat commutatif; et dès que l'une des parties, si elle eût perdu, n'eût pas dû être condamnée à payer, elle ne doit pas, parce qu'elle a gagné, obtenir la somme convenue. Le gagnant est d'ailleurs blâmable d'avoir joué une somme qu'il n'aurait peut-être pu payer.

A. Dalloz, jeu, n. 28.—Le jeu de billard ne peut être réputé jeu d'adresse dans le sens de notre article : d'où il suit qu'on ne peut réclamer l'exécution d'obligations qui en proviennent, alors sur-tout qu'il résulte des circonstances que les parties, loin de vouloir se procurer un exercice ou un amusement, n'étaient mues que par la cupidité. (Angers, 13 août 1831; Grenoble, 6 décembre 1823, et Poitiers, 4 mai 1810.)

Le jeu de billard ne doit pas être rangé au nombre des

jeux pour lesquels la loi donne action en justice au gagnant. (Sirey, 29, 2me part., p. 106.)

Siméon, rapport au tribunat, 8 mars 1804, n. 6.—Si le joueur, plus sévère à lui-même que la loi, s'est tenu pour obligé ; si, fidèle à sa passion et délicat dans son égarement, il a acquitté ce qu'il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu à répéter ce qu'il a payé.

Duveyrier, discours au Corps législatif, 10 mars 1804, n. 4. — Le droit de propriété est la faculté absolue pour tout homme libre de sa volonté et de son jugement, d'aliéner, de vendre, d'échanger, de donner, de dépenser enfin tout ce qui lui appartient. Ce qu'un homme a perdu au jeu et payé, il aurait pu le perdre dans toute autre opération inconsidérée; il aurait pu le donner.

D'ailleurs, n'a-t-il pas obéi à sa conscience, à une certaine délicatesse qu'on ne pourrait guère condamner, à l'équité naturelle, qui toujours impose une exacte réciprocité ? — Ce qu'il a payé, n'avait-il pas l'intention de l'exiger ?

Pandectes françaises.—Du terme *volontairement*, il suit que si le paiement avait été extorqué par contrainte, par violence ou supercherie, il y aurait lieu à répétition. Le paiement doit d'ailleurs être effectif et consommé : si le perdant avait souscrit des billets, ou une obligation, ils seraient nuls, parce que c'est seulement une promesse de payer.

Duranton, t. 18, n. 116.—On doit regarder comme un paiement fait volontairement le fait de mettre l'enjeu sur table, ou dans la main d'un tiers avant le jeu ; et si alors le perdant reprend l'argent qu'il a mis au jeu, ou que le tiers refuse de le délivrer au gagnant, celui-ci a action contre le perdant ou contre le tiers.

Car la mise au jeu est un abandon conditionnel ; le gagnant est devenu propriétaire de l'enjeu par le gain de la partie, et dès que le perdant le retire, il prend une chose qui n'est plus à lui.

Quant au tiers, c'est un dépôt, un séquestre conventionnel qui lui a été fait sous une condition qui s'est accomplie.

Partant, la somme est devenue la propriété du gagnant, et le tiers est en faute, soit qu'il la retienne, soit qu'il la remette à qui elle n'appartient plus.

Enfin, l'action pour la restitution de l'enjeu n'est point une action pour dette de jeu, c'est une action de propriété.

Du reste, le Code ne défend pas le jeu ; il se borne à refuser, en principe, une action pour réclamer le paiement d'une dette de jeu.

A. Dalloz, jeu, n. 33.—L'obligation souscrite pour une dette de jeu est nulle : on alléguerait en vain qu'elle a opéré paiement de la dette dans le sens de notre article, et que le perdant n'est pas recevable à répéter ce qu'il a volontairement payé. Elle n'est en réalité qu'une promesse de payer. (Arrêt de Lyon, 21 décembre 1822, Dalloz, Rec. alph., t. 9, p. 599, n. 6 ; *id.*, Grenoble, 6 décembre 1823, Dalloz, *ibid.*, n. 7 ; *id.*, Angers, 29 décembre 1814, Dalloz, *ibid.*, p. 598, n. 3.)

Boileux.—Le jeux et le pari produisent des obligations naturelles ; d'ailleurs, les deux joueurs sont en faute : *in pari causâ melior est conditio possidentis.*

TITRE QUINZIÈME. | TITLE FIFTEENTH.

DU CAUTIONNEMENT. | OF SURETYSHIP.

Rapport de MM. les Commissaires } Le cautionnement, résultant de la convention, est un contrat accessoire, par lequel un tiers, que l'on nomme caution, s'oblige envers un créancier à satisfaire à l'engagement de son débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. Outre ce cautionnement conventionnel, il en est deux autres, appelés, l'un, cautionnement légal, et l'autre cautionnement judiciaire. Le premier est celui que la loi oblige une partie de fournir, dans certains cas, comme par exemple, dans celui de l'absence, de l'usufruit, etc., le second, est celui qu'il est permis aux tribunaux, d'ordonner comme moyen de garantir l'exécution de

leurs jugements, tel est celui où un créancier hypothécaire, primé à l'ordre par des créanciers conditionnels, obtient de toucher sa collocation, mais en fournissant une caution qui garantisse le rapport éventuel des sommes qu'il aura ainsi touchées. De là trois espèces de cautions, les conventionnelles, les légales et les judiciaires.

Le présent titre est imité en grande partie de celui auquel il correspond au Code Napoléon, qui n'a fait lui-même que résumer les règles posées par Pothier sur le sujet, dans son traité des obligations, dont le chapitre sixième est exclusivement dédié au cautionnement.

Ce titre se compose de quatre chapitres, dont les trois premiers traitent des cautions conventionnelles, et le quatrième, des légales et des judiciaires.

CHAPITRE I.

NATURE, DIVISION ET ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

Le premier des articles de ce chapitre donne du cautionnement en général, une définition qui est applicable aux trois espèces de cautions dont le second article contient l'énumération, et qui font le sujet du présent titre (1929, 1930).

Des cinq articles, particulièrement applicables au cautionnement conventionnel, le premier (1931) conforme à l'ancien et au nouveau droit, ne présente aucune difficulté. Le second (1932) contient une règle qui n'est que la conséquence nécessaire de la définition donnée du cautionnement, lequel étant de sa nature un contrat accessoire, ne peut exister sans une obligation valable, à laquelle il se rattache; c'est ce qu'énonce la première partie de l'article, tandis que la seconde étend la disposition en déclarant que l'obligation purement naturelle ainsi que celle dont le débiteur principal peut seul se faire relever par une exception qui lui est personnelle, sont réputées valables aux fins du cautionnement et peuvent être valablement cautionnées. Comme exemple de cette dernière espèce d'obligation, l'article cite le cas du mineur, qui, dans certains cas, peut se faire relever de l'obligation qu'il a contractée, sans que pour cela, celui qui l'a

cautionné soit déchargé. Quant à l'obligation purement naturelle, l'article du Code Napoléon 2012, sur lequel le nôtre est fondé, n'en fait aucune mention, quoique tous les auteurs tant anciens que nouveaux s'accordent à dire qu'elle peut être cautionnée; l'on a cru devoir en faire une mention expresse pour éviter le doute résultant de l'omission. Le troisième (1933), fondé sur le principe que le cautionnement est subordonné à l'existence de l'obligation principale, déclare avec raison, qu'il ne peut excéder à la mesure de cette obligation ; que pour cet excédant, il est nul, tandis que rien n'empêche que la caution, qui pouvait ne pas s'obliger du tout, puisse le faire, pour moins que ne l'est le débiteur principal et sous des conditions moins onéreuses. Le quatrième (1934) contient deux dispositions, la première, que l'on peut cautionner un débiteur sans son consentement et même à son insu, ce qui est fondé sur ce que le contrat alors n'est pas avec et envers le débiteur, mais bien avec le créancier dont il assure la créance ; la seconde, que l'on peut également cautionner la caution, c'est-à-dire certifier sa solvabilité. Celui qui contracte cet engagement se nomme certificateur de caution ; enfin le cinquième (1935), qui est conforme à l'ancien comme au nouveau droit, déclare que le cautionnement ne se présume pas, qu'il doit être exprès, et restreint, quant à son exécution, dans les strictes limites que comportent ses termes ; mais si ces limites ne sont pas indiquées par le contrat et que le cautionnement soit indéfini, il s'étend à tous les accessoires de l'obligation principale, ce qui comprend les intérêts ainsi que les frais de la dénonciation et ceux qui lui sont postérieurs (1936).

Comme les autres contrats, le cautionnement lie les héritiers de celui qui l'a souscrit ; c'est ce qu'il était à peine nécessaire de dire ; mais il était à propos de déclarer que la contrainte par corps, ce remède exorbitant qui n'est applicable qu'à celui qui s'y est soumis, ne peut être exercée contre les héritiers, quand même le défunt y aurait été snjet ; telle est l'exception énoncée dans la dernière partie de l'article (1937).

Les trois articles suivants sont relatifs à la capacité et à la suffisance des cautions que l'on peut fournir lorsqu'elles n'ont pas été indiquées dans l'acte de cautionnement. D'après le premier (1938), cette caution doit être capable de s'obliger valablement, ce que ne pourrait pas faire par exemple, la femme mariée, sans l'autorisation de son mari ; elle doit avoir des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation et situés dans le Bas-Canada ; il serait trop difficile, de parvenir à la réalisation de ceux qui seraient situés en dehors ; mais il suffit que cette caution ait son domicile dans l'un ou l'autre des Canadas.

Ces dispositions, particulières à notre position exceptionnelle, sont adaptées à nos circonstances en imitation des articles 2018 du Code Napoléon et 3011 du Code de la Louisiane. Suivant le second (1939), ces biens que doit posséder la caution, doivent consister en immeubles, parmi lesquels ne comptent pas ceux qui sont en litige. L'on se contente pourtant d'un cautionnement assis sur des biens mobiliers seulement en matière de commerce, lorsque la dette est modique, et aussi dans certains cas auxquels il est spécialement pourvu par des lois particulières qui autorisent l'acceptation de cautions sur simple affirmation de solvabilité, sans qu'elles soient tenues de justifier de la possession d'immeubles. Enfin, le troisième (1940) pourvoit au cas où la caution, solvable lorsqu'elle fut admise par le créancier ou en justice, est depuis devenue insolvable ; il déclare qu'alors, il doit en être donné une autre, à moins toutefois qu'il ait été convenu que le créancier se contenterait d'une certaine personne spécialement dénommée, auquel cas il est responsable de l'insolvabilité survenue depuis

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION I.

EFFET ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION.

L'article 1941 conforme à l'ancien et au nouveau droit, en déclarant que la caution n'est tenue de l'exécution de l'obli-

gatien qu'à défaut du débiteur, établit le bénéfice de discussion qui existe toujours de plein droit en faveur de la caution, à moins quelle n'y ait renoncé ou qu'elle ne se soit obligée solidairement. Ce bénéfice s'étend à tous les débiteurs principaux ; tous doivent être discutés avant que la caution puisse être attaquée.

Mais cette discussion n'est obligatoire que lorsqu'elle est demandée *in limine litis* par la caution (1942), qui doit fournir les deniers nécessaires et indiquer les biens à discuter, parmi lesquels ne sont pas compris ceux situés hors du Bas-Canada, ni les litigieux, ni enfin ceux qui, ayant été hypothéqués à la dette, sont passés en mains tierces, (1943). Mais une fois l'indication faite et les deniers fournis, le créancier qui ne procède pas à la discussion est responsable de l'insolvabilité du débiteur survenue depuis par suite du défaut de poursuite, au montant de la valeur des biens indiqués (1944).

Cet article copié du Code Napoléon (2024) n'est pas en tout conforme à l'ancien droit quant à la responsabilité dont est tenu le créancier au sujet de la solvabilité du débiteur, après l'indication faite et les deniers fournis. Le premier projet soumis aux auteurs du Code Français portait, d'une manière générale, que la négligence du créncier de discuter le débiteur ne lui nuisait pas, qu'il n'en conservait pas moins son action contre la caution, si le premier devenait insolvable. Cette rédaction était conforme à la doctrine enseignée par Pothier, Henrys et Dargentré. Après de longues discussions dont on peut voir le résumé au 14me volume des Pandectes Françaises, l'article 2024 fut adopté tel que reproduit ici. Pothier, Oblig., 415.—2 Henrys, liv. 4. § 34.—Dargentré sur art, 192, cout. de Bretagne.

Les commentateurs s'accordent à dire que, strictement parlant, la doctrine de Pothier est plus conforme à la rigueur des principes, mais que celle du Code l'est davantage à l'équité ; tel a éte l'avis des Commissaires : ils ont cru que si la caution a droit à une discussion préalable du débiteur, elle doit être effective et faite en temps opportun, autrement

il serait loisible au créancier de la rendre illusoire en retardant de l'effectuer.

L'article 1945 pose en principe que, lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour la même dette, chacune d'elles est tenue pour le tout ; les articles 1946 et 1947 mitigent cette disposition en posant les règles applicables au bénéfice de division qui appartient de plein droit à chacune de ces cautions et qui consiste à exiger que le créancier divise son action entre les différentes cautions alors solvables et la réduise à la part de chacune d'elles ; division qui, une fois faite, lie le créancier irrévocablement et le rend responsable de l'insolvabilité qui peut survenir ensuite (1946); il y a plus, il souffre méme des insolvabilités existantes lors de la division, s'il l'a faite volontairement et sans y être forcé. Dans ce cas comme dans celui de l'article précédent, la division qu'il fait ainsi le lie irrévocablement (1947).

SECTION II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE DÉBITEUR ET LA CAUTION.

L'article 1943 du présent titre déclare que l'on peut se rendre caution d'un débiteur sans son ordre et même à son insu ; mais ce serait une grande erreur de croire que, dans ce cas, la caution est vis-à-vis du débiteur dans la même position et a contre lui lui les mêmes droits et recours qu'a celle qui l'a cautionné de son consentement ou à sa demande. Dans ce dernier cas, la caution a agi comme le mandataire du débiteur et a contre lui tous les recours résultant de cette qualité à l'égard du mandant, tandis que dans le premier cas, la caution n'agissant que comme le *negotiorum gestor* du débiteur, n'a contre lui que les droits résultant de cette espèce de quasi-contrat.

Les auteurs du Code Napoléon n'ayant pas fait cette distinction, ont, par l'article 2028, accordé à la caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur les mêmes recours qu'ils donnent à celle qu'il l'a fait à sa réquisition. Les Commissaires ont été d'avis que c'est une erreur qu'ils ont voulu réparer au moyen des deux articles, lesquels sont substitués

à l'article 2028 ; le premier applicable au cautionnement qui a lieu du consentement du débiteur et le second à celui qui a été fait à son insu. Au premier cas, (1948) la caution est remboursée de tout ce qu'elle a payé, comme telle, en principal, intérêts et dommages, et aussi pour les frais qui lui ont été faits ou qu'elle a été obligée de faire par suite du cautionnement. Dans le second cas, (1949) la caution n'a droit de recouvrer que ce que le débiteur aurait été tenu de payer sans ce cautionnement. Les dispositions de ces deux articles ont paru conformes aux vrais principes sur le sujet ainsi qu'à l'équité, et d'ailleurs sont justifiées par les citations qui les accompagnent.

L'article 1950 accorde à la caution qui a payé, subrogation légale aux droits du créancier. D'après la jurisprudence antérieure au Code, l'on n'était pas d'accord sur le sujet du présent article ; Pothier et plusieurs autres auteurs étaient d'avis que la subrogation ne s'effectuait pas de droit, qu'elle devait être demandée par la caution et ne pouvait être refusée par le créancier. De l'autre côté, plusieurs auteurs également respectables soutenaient que la réquisition de la subrogation étant pure subtilité du droit romain, était inutile, injuste et déraisonnable. Le Code Napoléon, par son article 2029, a donné la préférence à ce dernier avis que les Commissaires ont cru devoir adopter. S'il y a plusieurs débiteurs principaux liés solidairement pour une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a contre chacun d'eux son recours pour le total de ce qu'elle a payé (1951) ; c'est une conséquence de l'article précédent qui accorde à la caution qui paie, subrogation à tous les droits du créancier ; mais si elle n'a pas averti le débiteur du paiement qu'elle a fait, elle ne peut recouvrer contre lui, au cas où il aurait payé une seconde fois ; le seul recours qui lui reste est contre le créancier qui a été payé deux fois ; il en est de même si elle a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur, dans le cas où celui-ci aurait eu des moyens de faire déclarer la dette éteinte (1952).

L'article 1953 expose les différents cas dans lesquels la

caution qui s'est obligée du consentement du débiteur peut le poursuivre pour le forcer à payer sans avoir payé elle-même ; ces cas sont au nombre de cinq ; les trois premiers, conformes à l'ancien et au nouveau droit, ne souffrent aucune difficulté ; le quatrième a dû subir une modification qui ne se trouve pas au code français, afin de le faire cadrer avec l'article 1961 ci-après, lequel, en déclarant que la simple prolongation de délai accordée par le créancier au débiteur ne décharge pas la caution, laisse à cette dernière, si elle n'y a pas consenti, le droit de forcer ce débiteur de payer au terme originairement convenu ; quant au cinquième, celui où la caution peut forcer le débiteur à payer après dix ans, en principe il est conforme à l'ancien et au nouveau droit. De tout temps, il a été admis que la caution ne pouvait être forcée de demeurer perpétuellement ou pour un temps trop considérable sous le poids de son obligation ; il devait y avoir un terme après lequel il devait lui être permis de se faire décharger. La loi romaine, tout en admettant ce droit, ne fixait pas le temps sous lequel il pouvait être exercé, cette fixation était laissée à l'arbitrage du juge. En France, la pratique n'était pas uniforme, les opinions non plus ; il était prétendu, dans certaines localités, que l'on devrait suivre la règle du droit romain, et laisser la chose à être décidée suivant les circonstances. D'autres prétendaient que le terme de dix ans devait être adopté comme un terme suffisant et non excessif. Pothier (Oblig. nos 442-3) adopte ce délai quant au remboursement des rentes constituées, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées ; plusieurs auteurs sont de cet avis, même pour les autres cas. Sous ces circonstances, tout en adoptant cette partie de l'article du Code, il n'a pas paru nécessaire de le proposer en amendement à la loi ancienne.

Mais il a semblé que cette règle n'était pas applicable à tous les cas, qu'elle souffrait exception à l'égard des cautions fournies par les officiers publics et autres employés pour la garantie de la due exécution des devoirs de leurs charges ; à ces cautions, il doit être permis de se libérer de leur obli-

gation en tout temps, en donnant avis préalable, pourvu qu'il n'en ait pas été convenu autrement ; c'est ce qu'exprime l'article 1954 nouveau et rendu nécessaire par suite des statuts provinciaux sur le sujet.

SECTION III.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES COFIDÉJUSSEURS.

L'article 1955, copié du Code Napoléon (2033), est en tout conforme à l'ancien droit, quoique différant un peu du droit romain, qui, dans le cas posé, n'admettait le recours que lorsque la caution qui payait s'était fait subroger.

D'après les nouveaux principes, qui, au reste, n'étaient pas tout à fait étrangers au droit antérieur au Code, la subrogation ayant lieu de plein droit, la caution qui a acquitté la dette peut se faire rembourser par chacune de ses co-cautions de la part de la dette qu'elle a acquittée pour chacune d'elles.

La restriction contenue en la dernière partie de l'article est conforme aux vrais principes et à l'équité. Hors les cas cités en l'article qui précède, si l'une des cautions voulait forcer les autres à se réunir à elle pour se faire libérer, elle n'y serait pas reçue ; quand même elle aurait payé, elle ne pourrait les forcer à lui rembourser leur part, elle serait seulement subrogée au créancier pour agir contre le débiteur et les autres cautions de la même manière que le créancier aurait pu le faire.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

L'obligation résultant du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations ; elle s'éteint surtout avec l'obligation principale ; ainsi la caution est déchargée dans tous les cas où l'obligation principale est éteinte ; par le paiement, par la compensation, la remise, etc. (1956) ; mais la confusion de la qualité de caution et de débiteur principal dans la même personne, n'éteint pas l'action du

créancier contre celui qui aurait cautionné le caution (1957). Cette confusion ayant pour effet d'éteindre la qualité de caution qui se trouve absorbée par celle de débiteur principal, l'on avait craint que l'on en conclût que l'extinction de cette qualité de caution emportât comme conséquence l'extinction de l'obligation qu'avait contractée le certificateur de cette caution. C'est pour éviter tout doute à cet égard que l'on a adopté cet article, qui est conforme au droit français antérieur au Code.

Au reste, la caution peut d'elle-même opposer au créancier toutes les causes d'extinction que pourrait faire valoir le débiteur principal, sauf celles qui sont purement personnelles à ce dernier (1958).

L'obligation s'éteint encore lorsque le créancier s'est mis, par son fait, hors d'état de subroger la caution à ses droits contre le débiteur principal (1959), et aussi quand ce créancier a volontairement accepté un immeuble ou un effet quelconque en paiement de la dette principale, quand bien même il en serait ensuite évincé (1960). Cette acceptation ayant mis fin à l'obligation principale, et le cautionnement, qui n'en est que l'accessoire, ayant également pris fin, ne saurait revivre par suite de l'éviction survenue depuis.

Cette disposition est conforme à l'ancien et au nouveau droit.

Il en est de même de celle contenue en l'article suivant, qui déclare que la caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur n'est pas déchargée pour cela seul que le créancier a accordé délai au débiteur, seulement elle peut poursuivre ce dernier pour le forcer au paiement (1961). Cet article, copié en partie du Code Napoléon (art. 2039), restreint la disposition qu'il contient à la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur, tandis que le code l'étend à la caution en général sans faire de distinction entre celle qui a cautionné à l'insu du débiteur et celle qui l'a fait de son consentement. Les Commissaires sont d'avis que la règle n'est applicable qu'à cette dernière ; que quant à l'autre, qui n'a contracté qu'avec le créancier, elle peut bien, à l'é-

gard de celui-ci, être déchargée d'un cautionnement dont les termes ne pouvaient être changés sans son gré, mais qu'il serait absurde d'accorder à cette caution une action pour forcer le débiteur, avec lequel elle n'a rien de commun, de payer avant le délai que lui avait accordé le créancier avec lequel seul il a contracté ; aussi notre article ne parle que de la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur ; c'est celle-là qui n'est pas déchargée par la prolongation du terme accordé au débiteur, par la raison qu'elle a droit de le forcer au paiement à l'époque convenue originairement. Le même droit n'appartient pas à la caution qui s'est obligée à l'insu du débiteur ; il suit que, dans les mêmes circonstances, elle doit être déchargée, c'est ce qui, d'après la règle *inclusio unius fit exclusio alterius*, doit s'inférer de notre article dans lequel le cas de cette espèce de caution est entièrement omis, tandis qu'il est pourvu à celui de l'autre.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

Les cautions légales et les judiciaires doivent avoir les qualifications requises par les articles 1938 et suivants du présent titre pour celles qui ne sont que conventionnelles ; ainsi elles doivent être domiciliées dans le Haut ou le Bas-Canada et posséder dans le Bas-Canada des immeuble non litigieux, de valeur suffisante à moins que la somme ne soit modique, qu'il ne s'agisse d'une ffaire de nature commerciale, ou qu'il n'en soit disposé autrement par quelque loi particulière ; auxquels cas il est permis d'admettre comme caution une personne qui justifie de sa solvabilité quoiqu'elle ne possède pas d'immeubles. Il faut de plus que, dans le cas de cautionnement judiciaire, la caution soit contraignable par corps ; ainsi la personne qui, par son âge ou son sexe, serait à l'abri de cette contrainte, ne pourrait être offerte comme caution judiciaire (1962).

L'article 1963 déclare que celui qui est tenu de fournir caution et qui ne le peut pas est admis à donner en nantissement, à la place, un gage suffisant. Cette disposition est

applicable à toutes les espèces de cautionnement, au légal, au judiciaire comme au conventionnel ; il n'y a pas de raison de distinguer entre les uns et les autres. Tout ce que le créancier peut raisonnablement désirer, c'est d'obtenir ses sûretés ; or, il n'y en a pas de plus solides que celle du gage que lui accorde le présent article.

Au reste, la caution, soit qu'elle ait cautionné le débiteur principal, soit qu'elle n'ait cautionné que la caution, ne peut demander la discussion du débiteur principal ; c'est ce qu'expriment les deux articles en marge, lesquels sont d'accord avec l'ancienne comme avec la nouvelle jurisprudence (1964, 1965).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE, DE LA DIVISION ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

1929. Le cautionnement est l'acte par lequel une personne s'engage à remplir l'obligation d'une autre pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas.

L'on nomme caution celui qui contracte cet engagement.

CHAPTER FIRST.

OF THE NATURE, DIVISION, AND EXTENT OF SURETYSHIP.

1929. Suretyship is the act by which a person engages to fulfil the obligation of another in case of its non-fulfilment by the latter.

The person who contracts this engagement is called surety.

Voy. *C. N.* 2011, cité sur art. 1931.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 365. } Le *cautionnement* est un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer en tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à son obligation.

On appelle *caution* ou *fidéjusseur*, celui qui contracte une telle obligation.

Le cautionnement, outre le contrat qui intervient entre la

caution et le créancier envers qui la caution s'oblige, renferme aussi assez souvent un autre contrat, qui est censé intervenir, au moins tacitement, entre la caution et le débiteur pour qui la caution s'oblige ; et ce contrat est le contrat de mandat, qui est toujours censé intervenir lorsque c'est au su et au gré du débiteur principal que la caution s'oblige pour lui, suivant cette règle de droit : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur;* L. 60, ff. *de Reg. jur.*

Lorsque le cautionnement a été fait à l'insu du débiteur qu'on a cautionné, il ne peut être censé renfermer aucun contrat entre la caution et ce débiteur ; mais il est censé intervenir en ce cas, entre eux, l'espèce de quasi-contrat qu'on appelle *negotiorum gestorum.*

Nous traiterons des obligations qui naissent de ce contrat de mandat, ou du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, en la septième section de ce chapitre.

Le contrat qui intervient entre la caution, et le créancier envers qui elle s'oblige, n'est pas de la classe des contrats bienfaisants ; car le créancier ne reçoit par ce contrat rien au delà de ce qui lui est dû : il ne se procure qu'une sûreté pour ce qui lui est dû, sans laquelle il n'aurait pas contracté avec le débiteur principal, ou ne lui aurait pas accordé le terme qu'il lui accorde : mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige.

---

* 18 *Duranton*, *Du cautionn.*, *n*° 295, 296. } 295. Suivant l'article 2011, " celui qui se rend caution " d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire " à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même."

Le cautionnement est donc la promesse de remplir l'obligation d'une autre personne, pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas ; c'est par conséquent une accession à l'obligation d'un autre, ce qui est exclusif de toute idée de novation de cette même obligation ; car si, par l'effet de

l'intervention d'un tiers, qui s'en chargerait, cette obligation ne devait plus subsister, parce que le créancier aurait déclaré décharger son débiteur, il est clair qu'il n'y aurait point de cautionnement, mais bien une novation ; le second obligé le serait tout aussi principalement que l'était le premier (art. 1271, n° 2). Ce cas ne peut présenter de difficulté.

Il en doit être de même de celui où un débiteur délègue son propre débiteur à son créancier, envers lequel le délégué s'oblige, quoique le créancier n'ait pas déclaré décharger son débiteur primitif. Bien que, dans ce cas, ce créancier conserve son action contre son débiteur (art. 1275), néanmoins le nouveau débiteur est plutôt obligé comme débiteur principal que comme caution : d'où nous concluons qu'il n'aurait pas le bénéfice de discussion, quand bien même il n'y aurait pas renoncé. Etant débiteur, ainsi que nous le supposons, envers le délégant, en payant la dette il se libérerait lui-même ; en sorte qu'il n'y a aucun motif de lui accorder le bénéfice de discussion, puisque le délégant pourrait le poursuivre, à défaut du créancier.

Mais si, sans rien devoir à Paul, débiteur envers Jean, je consens, pour lui faire plaisir, à ce qu'il me délègue son créancier, envers lequel je m'oblige, et sans que ce dernier décharge Paul ; comme, après avoir payé la dette, j'aurais un recours contre Paul, on doit regarder mon obligation comme une garantie, comme un cautionnement, plutôt que comme une obligation principale ; et en conséquence je devrais pouvoir invoquer le bénéfice de discussion, si je n'y avais pas renoncé. Ce n'est point aux mots dont on s'est servi dans un acte qu'on doit s'attacher mais au fond des choses ; or, puisque, dans l'espèce, il n'y a point de novation, et, en outre, que le délégué ne devant rien au délégant, il aurait son recours contre lui après avoir payé ma dette, il n'y a pas de raison pour ne pas voir en lui une caution, un garant.

296. Comme le cautionnement est l'engagement d'acquitter l'obligation d'un autre, pour le cas où celui-ci ne l'acquitte-

rait pas, il est clair que, si un tiers se borne à donner un gage ou une hypothèque sur ses biens pour sûreté de mon obligation, il n'est point pour cela ma caution : il n'est point personnellement obligé, il n'y a que la chose qu'il a engagée au paiement de ma dette, qui se trouve affectée de l'engagement qu'il a pris, mais non sa personne ; en conséquence, aucune action personnelle ne peut être dirigée contre lui à ce sujet, quoique je vinsse à ne pas remplir mon obligation.

Le tiers ne pourrait de son côté, invoquer l'exception de discussion, pour s'opposer à la vente de l'immeuble qu'il a hypothéqué à la dette, non-seulement parce qu'il n'est point caution, mais encore parce que le bénéfice de discussion ne peut être opposé au créancier qui a un privilége ou une hypothèque spéciale sur l'immeuble dont il poursuit la vente (art. 2871).

---

* *Guyot Répert.*, *v° Caution*, *p.* 765. } La *Caution* est la personne qui répond de l'exécution d'une promesse contractée par une ou par plusieurs autres personnes (1).

Le *Cautionnement* est l'acte par lequel la Caution s'oblige de remplir l'obligation de la personne engagée dans le cas où cette personne manqueroit à sa promesse.

---

* 4 *Nouveau Denizart*, *v° Caution*, § 1, *p.* 318. } 1. Le *cautionnement* est un acte par lequel une personne s'engage à payer pour une autre, dans le cas où celle-ci ne payeroit point. On appelle *caution* celui qui contracte cet engagement.

2. Il ne faut pas confondre la caution avec le co-obligé. Celui-ci est débiteur principal. La caution, au contraire, ne fait qu'accéder à l'obligation principale. Elle répond de la

(1) La caution s'appelle aussi quelquefois *fidéjusseur*, dénomination qu'elle tire de deux mots latins *fide jubere*, qui signifient qu'elle veut qu'on prenne confiance en elle sur la promesse qu'elle donne de la solvabilité du débiteur.

dette, et s'oblige à l'acquiter si le débiteur ne le fait pas; mais elle n'en est pas débitrice immédiate.

Zachariæ, (*Massé et Vergé*), *Tit.* 14, § 757. } Le cautionnement est un contrat par lequel l'une des parties se soumet personnellement (1) envers l'autre partie à accom-

(1) On ne peut donc voir un cautionnement dans l'acte par lequel on constitue un gage ou une hypothèque pour garantie de la dette d'un tiers. Cass., 25 nov. 1812; [10 août 1814; Pothier, *Obligations*, n. 388; Duranton, 18, n. 296; Ponsot, *Du cautionnement*, n. 16; Troplong, *ibid.*, n. 38; Dalloz, *Rép.*, v° *Cautionnement*, n. 31. Il suit de là que celui qui est obligé conventionnellement à fournir une caution ne peut offrir une hypothèque en remplacement de la caution: *aliud pro alio, invito creditori, solvi non potest*, Troplong, n. 40 et 202. *Contrà* Pothier, n. 393.—V. cependant *inf.*, § 764.] La caution qui a en même temps donné une hypothèque se trouve placée par là dans une double relation contractuelle avec le débiteur et le créancier, art. 2021 et 2171.—Mais de ce que le cautionnement constitue une obligation personnelle, il ne faut pas en conclure que cette obligation ne passe pas aux héritiers de la caution. V. l'art. 2017. [V. *inf.*, § 760.]--Rien n'empêche la caution de stipuler un salaire ou une indemnité pour le cautionnement dont elle se charge, Duranton, 18, n. 300; [Pothier, n. 366; Ponsot, n. 21; Troplong, n. 15; Dalloz, n. 29; Massé, 6, n. 336; Rouen, 4 déc. 1827; Limoges, 23 déc. 1847, S. V., 48, 2, 124; Cass., 13 mars 1854, S. V., 55, 1, 752. Si, en effet, le cautionnement est un contrat de bienfaisance, comme le mandat, avec lequel il a certaine analogie, rien n'empêche qu'il ne devienne à titre onéreux. Toutefois, si l'indemnité était payée, non par le débiteur cautionné, mais par le créancier, le cautionnement dégénérerait en contrat d'assurance, parce qu'il n'aurait plus d'autre but que de garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur: l'obligation naîtrait alors, non d'un contrat destiné à venir en aide au débiteur principal, mais d'un contrat entre le créancier et un tiers, contrat également intéressé de part et d'autre, et par lequel le tiers, véritable assureur, prendrait sur lui, moyennant une prime, les chances que ne voudrait pas courir le créancier, Ponsot, n. 22; Troplong, n. 16; Dalloz, n. 30; Massé, 6, n. 337—

On trouve un exemple de cette assurance dans la convention *del credere*, par laquelle un commissionnaire, moyennant un certain droit de commission, répond envers le commettant de l'insolvabilité des débiteurs avec lesquels il traite. V. Troplong, n. 37; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 300 et s.; Massé, 6, n. 338.] (MASSÉ ET VERGÉ).

plir une prestation qu'un tiers doit à celle-ci (1), soit comme débiteur principal, soit seulement comme caution (2), pour le cas où ce tiers ne satisferait pas lui-même à son obligation (3), art. 2011 et 2014, alin. 2.

Les conditions suivantes sont donc de l'essence de ce contrat (4) :

(1) Ou qu'il pourra lui devoir dans la suite, en vertu d'une obligation future, mais dont l'objet est déterminé, Duranton, 18, n. 297 ; [Pothier, n. 399 ; Delvincourt, 3, p. 254 ; Ponsot, n. 56 ; Troplong, n. 50 ;] Paris, 15 janv. 1831, S. V., 31, 2, 198 ; [Paris, 13 mars 1816. Le cautionnement est valable lors même que la créance future serait incertaine, et que le chiffre en serait indéterminé, Grenoble, 10 juin 1825 ; Cass., 16 juin 1846 ; S. V., 46, 1, 440]. (MASSÉ ET VERGÉ.)

(2) Le *fidejussor fidejussoris* est appelé certificateur de caution. [Il ne faut pas confondre le certificateur de caution et la caution supplémentaire. La caution supplémentaire cautionne le débiteur principal, au lieu que le certificateur de caution cautionne simplement la caution, Cass., 29 fév. 1820.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(3) On ne peut donc pas voir un cautionnement dans l'obligation par laquelle on promet qu'un tiers prendra certain engagement, art. 1120 ; Delvincourt, 3, p. 257. [Celui qui fait cette promesse est un porte-fort et non une caution. Le porte-fort, qui promet le fait d'autrui, ne contracte pas l'obligation accessoire d'accomplir lui-même ce fait, faute par celui-ci de l'accomplir ; il ne s'oblige qu'à des dommages-intérêts. La caution, au contraire, s'oblige à faire elle-même ce que l'obligé principal ne fait pas, Troplong, n. 29 et s.—Il faut d'ailleurs, remarquer que si, d'après l'art. 2011, la caution n'est obligée de satisfaire à l'obligation cautionnée que si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, on ne saurait conclure de là que l'engagement qu'elle contracte soit conditionnel et subordonné à la survenance de l'insolvabilité du débiteur principal. Elle est obligée directement et actuellement envers le créancier, qui, pour la poursuivre, n'a pas besoin d'attendre que le débiteur soit devenu insolvable, sauf le droit de la caution, ainsi que nous le verrons, *inf.*, § 760, de demander la discussion du débiteur principal, Pothier, n. 413 ; Ponsot, n. 32 ; Troplong, n. 23.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(4) [Le cautionnement est un contrat unilatéral qui ne renferme d'obligation que de la part du fidéjusseur ou de la caution. Quant au créancier, il n'est obligé à rien par l'effet de ce contrat ; et s'il en peut résulter certaines obligations pour le débiteur, ce n'est pas en vertu du caution-

1° Il faut le consentement des parties (1) : mais le cautionnement du débiteur dont la dette est cautionnée n'est pas nécessaire, car on peut se rendre caution d'un tiers, même à son insu et sans sa volonté (2), art. 2014, alin. 1.

2° Il faut une dette pour sûreté de laquelle le cautionnement est fourni (3). Le cautionnement est donc essentiellement un contrat accessoire (4) ; d'où il suit que le cautionnement ne peut avoir un autre objet que la dette principale, ni

nement, mais par suite d'un mandat tacite, qui est censé avoir été donné par le débiteur à la caution, Ponsot, n. 18 et s.; Troplong, n. 18 et s.; Dalloz, n. 26. Cependant, de ce que de sa nature le cautionnement est un contrat unilatéral, il n'en résulte pas qu'il ne puisse devenir synallagmatique, lorsqu'il est consenti sous des conditions particulières acceptées par le créancier, par exemple, lorsqu'il est fourni sous la condition d'un délai accordé au débiteur, Cass., 14 mai 1817; Paris, 17 fév. 1829. Il a été jugé, néanmoins, que le contrat reste unilatéral quand le créancier n'a pris aucun engagement à cet égard, et s'est borné à suspendre les poursuites pendant le délai demandé par la caution, Cass., 3 avr. 1850, S. V., 50, 1, 246.—Il suit de ce qui précède, que, sauf le cas où il devient synallagmatique, le contrat de cautionnement étant unilatéral, l'acte sous seing privé qui le constate ne doit pas être nécessairement fait double, Duranton, 18, n. 298 ; Ponsot, n. 18 ; Troplong, n. 20 ; Grenoble, 10 juin 1825. V. aussi les arrêts précités.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(1) [Bourges, 6 mai 1829. C'est là, en effet, un contrat qui se forme comme tous les autres contrats, et pour lequel le consentement des parties est, par conséquent, nécessaire. Mais si ce consentement doit être donné d'une manière expresse par la caution, qui seule s'oblige, il n'en est pas de même du créancier, qui peut être facilement présumé avoir accepté un cautionnement fourni dans son intérêt, et dont l'acceptation peut résulter de circonstances, par exemple de l'assignation en payement qu'il aurait donné à la caution, Grenoble, 10 juin 1825.—Sur la forme du cautionnement, et la manière dont la volonté de la caution doit être exprimée, V. *inf.*, ₰ 759.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(2) Le peut-on même *invito debitore ?* Duranton, 18, n. 316, se prononce pour l'affirmative. [V. dans le même sens, Troplong, n. 128; Dalloz, n. 24; Massé, 6, n. 347. V. aussi *inf.*, ₰ 761.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(3) [V. *inf.*, ₰ 759, et notes 14 et s.,] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(4) [Pothier, n. 367; Troplong, n. 22; Dalloz, n. 15.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

en excéder le montant, ni être fourni à des conditions plus onéreuses que la dette principale elle-même (1). Mais le cau-

(1) [L'excès dans l'engagement de la caution peut se rencontrer dans la quantité, dans le temps, dans le lieu, dans la condition ou dans le mode, *quantitate, die, loco, conditione, modo*, comme disent les docteurs. Ainsi, il y a excès dans la quantité, quand la caution s'oblige pour une somme plus forte que celle due par le débiteur; dans ce cas, l'effet du cautionnement est ramené à la somme qui fait l'objet de l'obligation principale. Si donc, la dette n'étant pas liquide, la caution s'était néanmoins obligée pour une somme déterminée, et que, par le résultat de la liquidation, la dette fût ultérieurement ramenée à une somme moins forte, le cautionnement serait lui-même réduit à cette dernière somme, Troplong, n. 100.— Toutefois, la convention par laquelle une personne, en cautionnant un débiteur, s'engage à payer au créancier une somme supérieure au montant de la dette, afin d'obtenir un délai de celui-ci, peut être valable comme cautionnement, jusqu'à concurrence du montant de la dette, et comme obligation de porte-fort pour le surplus, Ponsot, n. 95; Troplong, n. 101.—De ce que la caution ne peut être obligée pour une somme plus forte que le débiteur principal, il en résulte que la remise de la dette faite à celui-ci profite à celle-là. Mais il en serait autrement des remises faites par concordat à un débiteur failli; le failli ne cessant pas d'être obligé naturellement pour le montant de la somme par lui due, malgré les remises partielles qui lui sont faites par le concordat, ses créanciers conservent leur recours contre la caution pour la totalité, Com. 545; Pothier, n. 371; Massé, 6, n. 345.— Il y a excès dans le temps, quand la caution s'est obligée pour un temps plus court que le débiteur principal. Dans ce cas, la caution a le droit de profiter de tout le délai accordé au débiteur, Ponsot, n. 102; Troplong, n. 102. Mais il en serait autrement s'il résultait des circonstances que les parties ont entendu faire, non un cautionnement, mais un pacte *constitutæ pecuniæ*, c'est-à-dire un pacte par lequel une personne promet au créancier de payer la dette d'un autre en se constituant débiteur *proprio nomine*, Troplong, n. 103.—De ce que l'obligation de la caution ne peut être contractée pour un temps plus court que celle du débiteur principal, il résulte que le sursis accordé au débiteur profite à sa caution, Trèves, 23 nov. 1807; Cass., 19 janv. 1830, même dans le cas où le créancier aurait déclaré ne point vouloir en étendre le bénéfice à la caution, Ponsot, n. 104; Dalloz, *loc. cit.* Il en est, cependant, autrement du terme ou sursis accordé par un concordat. V. *sup.*, dans la note.—Quant au *lieu*, la caution est toujours autorisée à ne payer que dans celui qui a été dé-

tionnement peut être contracté seulement pour une partie de la dette principale, ou à des conditions moins onéreuses. Le cautionnement qui excède le montant de la dette ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses n'est pas nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. Rien n'empêche d'ailleurs la caution de donner des sûretés particulières ou plus grandes (1) pour l'exécution de son engagement personnel, art. 2013.

3º Il faut l'engagement contracté par l'une des parties de répondre de la dette d'un tiers. Et, comme une dette ne comprend pas seulement le principal, mais encore les obligations accessoires, la caution, lorsqu'elle a répondu d'une dette en général, c'est-à-dire sans apporter de restriction à

terminé dans l'obligation principale, encore bien qu'elle se serait engagée à payer dans un lieu plus éloigné, Pothier, n. 374 ; Troplong, n. 104. Cet engagement ne pourrait recevoir son effet qu'autant qu'il serait reconnu que les parties ont entendu faire un pacte *constitutæ pecuniæ*. V. *sup.*, dans la note.— Enfin, la caution ne peut se soumettre à des *conditions* ou à des *modalités* plus rigoureuses que celles qui sont attachées à l'obligation principale. Ainsi, par exemple, la caution ne peut s'obliger à ne pas faire valoir les exceptions péremptoires et réelles attachées à cette obligation, Troplong, n. 107. Mais V. *inf.*, § 759, note 16.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(1) *Non in majus, sed magis se obligare potest.* Ainsi, par exemple, la caution peut constituer une hypothèque pour une obligation chirographaire, Pothier, n. 369 et s. ; Delvincourt, sur l'art. 2013 ; Duranton, 18, n. 311 et s. [Troplong n. 108 et s.—Mais il ne faut pas conclure de là que la caution puisse se soumettre conventionnellement à la contrainte par corps, lorsque le débiteur n'y est pas soumis lui-même ; l'art. 2060 interdit expressément une convention de cette nature, Ponsot, n. 109 ; Troplong n. 115 ; Dalloz, n. 84. Rien n'empêche, cependant, la caution d'être légalement soumise à la contrainte par corps, quoique le débiteur principal en soit affranchi. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une caution judiciaire, art. 2040. C'est ce qui a lieu encore quand un commerçant cautionne un non-commerçant dans une forme qui emporte contrainte par corps, par exemple, au moyen d'un aval donné à l'occasion d'un billet à ordre, Com., art. 142, 189 et 637 ; Massé, 6, n. 364 et 365 ; Poitiers, 16 déc. 1847, S. V., 48, 1, 684.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

son engagement (1), n'est pas seulement tenue du principal, mais encore des intérêts (2), des dommages (3) et des frais (4). En ce qui touche les frais en particulier, la caution est tenue de payer tant les frais de l'action intentée par le créancier contre le débiteur principal que ceux auxquels le débiteur principal est condamné après la dénonciation de l'action principale à la caution (5), art. 2016.

4º Enfin, il faut que l'engagement de la caution soit limité au cas où le débiteur principal ne payerait pas. Si la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal, et s'est ainsi constituée débitrice en son propre nom. art. 2021, elle se trouve avoir une double qualité, celle de caution vis-à-vis du débiteur principal, et celle de codébiteur personnel vis-à-vis du créancier (6).

(1) Bordeaux, 21 déc. 1833, S. V., 34, 2, 271 ; [Cass., 12 janv. 1842. S. V., 42, 1, 138 ; Pothier, n. 405 ; Ponsot, n. 119 ; Troplong, n. 149.] (Massé et Vergé.)

(2) [Grenoble, 10 juin 1825 ; Troplong, n. 158. A moins que la caution ne se soit engagée que pour le capital. V. l'arrêt précité de Bordeaux, et Cass., 12 janv. 1842, S.V., 42, 1, 138. Dans ce cas, la caution n'est tenue des intérêts qu'à partir du jour de la demande.] (Massé et Vergé.)

(3) [Troplong, *ibid.*— Jugé cependant que la caution n'est pas tenue des dommages-intérêts encourus par le débiteur principal, si elle n'a pas été mise préalablement en demeure, Orléans, 8 déc. 1840, Dall., 41, 2, 153.] (Massé et Vergé.)

(4) Mais la caution n'est pas tenue des frais d'enregistrement, Cass., 5 oct. 1806. V. aussi Merlin, *Rép.* vº *Caution*, § 1, n. 3 ; [Troplong, n. 149 et 166 ; à moins, bien entendu, de convention spéciale, Troplong, n. 167 ; Dalloz, n. 103]. (Massé et Vergé.)

(5) V. Pothier, n. 406 et s.; Delvincourt, sur l'art. 2016, [et Troplong, n. 173.] (Massé et Vergé.)

(6) [Cela n'est pas parfaitement exact. V. Troplong, n. 241, et *inf.*, § 760, note 17.] (Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1930.]

3 *Mourlon*, *Code Nap.*, *Tit.* 14, *n°* 1119 *et s.* } 1119. Le mot *cautio*, d'où nous avons tiré le mot *cautionnement*, signifie, dans son sens naturel, *sûreté*. Ainsi, sont des cautionnements : le privilége, l'hypothèque, le gage. Mais le Code l'emploie pour désigner exclusivement cette sûreté particulière qui résulte de l'engagement, pris par un tiers, de payer pour le débiteur, si celui-ci ne paie pas.

Le cautionnement est donc un contrat par lequel un tiers promet à un créancier de lui payer ce qui lui est dû, si son débiteur ne le paie lui-même (voy. les *Form.* 199, 373, 618 à 626).

1120.—Il ne faut pas confondre la caution avec *celui qui se porte fort*. La caution promet qu'une obligation *déjà existante* sera exécutée par le débiteur, et s'engage à l'exécuter elle-même, si le débiteur ne le fait pas. Celui qui se porte fort promet qu'un tiers *s'obligera* à donner, faire ou ne pas faire quelque chose, s'engageant lui-même à payer des dommages-intérêts s'il ne procure pas ce qu'il a promis, l'engagement du tiers. Mais son obligation est accomplie, et, par conséquent, éteinte, dès que le tiers a consenti à s'engager envers le créancier. Ainsi, la caution promet qu'un débiteur exécutera son obligation. Celui qui se porte fort promet qu'un tiers s'obligera, sans garantir l'exécution de l'obligation future. L'engagement de l'une est accessoire, tandis que celui de l'autre est principal.

1930. Le cautionnement est conventionnel, légal ou judiciaire. Le premier résulte de la volonté des parties ; le second est ordonné par la loi, et le dernier par jugement.

1930. Suretyship is either conventional, legal, or judicial. The first is the result of agreement between the parties, the second is required by law, and the third is ordered by judicial authority.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, *Oblig.*, nº 386. } Nous avons, dans notre droit français, trois différentes espèces de cautions ou fidéjusseurs ; les *cautions purement conventionnelles*, les *légales* et les *judiciaires*.

Les *conventionnelles* sont celles qui interviennent par la convention des parties dans les différents contrats ; comme dans les contrats de prêt, de vente, de louage, et autres semblables.

Par exemple, une personne emprunte de l'argent, et donne une caution qui s'oblige envers le prêteur à la restitution de la chose prêtée ; ou bien elle achète une chose, ou la prend à loyer, et donne une caution qui s'oblige avec elle au paiement du prix ou de la ferme : telles cautions sont *cautions conventionnelles :* ce n'est ni la loi ni le juge qui ordonne ces cautions ; c'est la seule convention des parties qui les fait intervenir, parce que l'emprunteur, l'acheteur, le preneur sont convenus avec le prêteur, le vendeur, le bailleur, de donner caution.

Les *cautions légales* sont celles que la loi ordonne de donner, telles que celle qu'un donataire mutuel ou autre usufruitier est tenu de donner pour jouir des biens dont on lui a donné ou légué l'usufruit, etc.

Les cautions judiciaires sont celles qui sont ordonnées par le juge ; comme lorsque le juge ordonne qu'une personne touchera par provision une somme, en donnant caution de la rapporter, s'il est dit que faire se doive.

1931. La caution n'est tenue de satisfaire à l'obligation du débiteur que dans le cas où ce dernier n'y satisfait pas lui-même.

1931. The surety is not bound to fulfil the obligation of the debtor unless the latter fails to do so.

[ARTICLE 1931.]

* *C. N.* 2011. } Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satifaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

---

* *ff. Liv.* 44, *Tit.* 7, *De oblig. et action.*, *L.* 1, §. 8. } Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno. Qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur : et plerumque ab eo quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur : dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur. (Gaius).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } On peut être obligé ou en son propre nom ou au nom d'autrui. Celui qui est obligé au nom d'autrui s'appelle répondant ; et il arrive souvent que nous obligeons une personne en son propre nom, et qu'elle nous fournit d'autres personnes qui s'obligent envers nous pour la même chose : c'est un moyen de nous assurer davantage l'exécution de l'obligation. (Gaius).

**Inst. Liv.* 3, *Tit.* 21, *De fidej.*, §. 6. } Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causâ habet cum eo mandati judicium. (Caius ; 3, *inst.*, 127 ; *vid.* Ulp. *L.* 10, § 11, ff, *mandat.*)

Ibidem, Trad. par A. M. Du Caurroy de la Croix. } Quand le fidéjusseur a payé quelque chose pour le débiteur, il a contre lui, pour se faire rembourser, l'action de mandat.

Voy. autorités sur art. 1929.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 366, 367, 368, 387. } 366. *Corollaire* Ier.— L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du

débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur qui soit valable : conséquemment si celui pour qui le fidéjusseur s'est obligé envers vous, n'était pas votre débiteur, le fidéjusseur ne serait pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant pas subsister sans une obligation principale, suivant cette règle de droit : *Cùm causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent ;* L. 178, ff *de Reg. jur.*

367. *Corollaire* II.— Une seconde conséquence de notre définition, est que le fidéjusseur, en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de son obligation, mais en contracte une qui accède à la sienne ; en quoi le fidéjusseur est différent de celui qu'on appelle en droit *expromissor*, qui s'oblige envers le créancier ; de manière que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge.

368. *Corollaire* III.—Il résulte de notre définition, que le fidéjusseur ne peut valablement s'obliger qu'à la prestation de la chose même à laquelle le débiteur principal est obligé, ou à la prestation d'une partie de cette même chose : c'est pourquoi si quelqu'un se rendait caution envers moi pour cent muids de blé, en faveur d'une personne qui me doit 2,000 livres, ce cautionnement serait nul ; L. 24, *de Fidejuss. Quia in aliam rem quàm quæ credita est fidejussor obligari non potest ; quia, non ut æstimatio rerum quæ mercis numero habentur in pecuniâ numeratâ fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est.*

Contrà vice versâ, on peut valablement se rendre caution envers moi pour une somme de 2,000 livres en faveur de celui qui me doit cent muids de blé : car l'argent étant l'estimation commune de toutes les choses, celui qui me doit une quantité de cent muids de blé, de valeur de 2,000 livres, me doit effectivement et véritablement 2,000 livres ; et par conséquent celui qui s'oblige pour lui envers moi à me payer 2,000 livres ne s'oblige pas à quelque chose de différent de ce qui m'est dû par mon principal débiteur.

387. Il faut, avant toutes choses, que la caution soit capable de contracter, et de s'obliger comme caution.

Tous ceux qui sont incapables de contracter, tels que sont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les religieux, ne peuvent être cautions.

---

* 14 *Pand. frs.*, *p.* 269-271. } 1. Les romains distinguaient entre le fidéjusseur et la caution. Ils appelaient *fidejussor*, celui qui accédait à l'obligation d'un autre, et s'engageait à l'acquitter à sa place et pour lui, s'il ne le faisait pas lui-même. Ils nommaient *cautio*, celui qui répondait qu'un autre ferait quelque chose, et qui s'engageait à indemniser s'il ne le faisait pas.

Nous avons vu, par exemple, que dans le cas de la dissolution du mariage, la dot ne pouvait être rendue à la femme qu'en présence et du consentement de son père. Si celui-ci était absent, ou prisonnier chez les ennemis, la femme, pour obtenir la restitution de sa dot, devait donner caution que son père, en cas de retour, approuverait le paiement qui lui en serait fait. Voilà ce qui s'appelait *cautio*, du mot *cavere*, prendre ses précautions d'avance.

Nous ne faisons point usage de cette distinction. Nous nommons *caution*, toute personne qui accède à l'obligation d'un autre. Nous nous servons rarement du mot *fidéjusseur.*

2. La caution dont il est question dans ce Titre, est celle qui s'oblige pour une autre personne déjà obligée elle-même, sans novation ; c'est-à-dire, sans détruire l'obligation de celle-ci. En effet, la caution accède à l'obligation, non pour l'anéantir, mais pour la confirmer, et en assurer l'exécution.

Le cautionnement est donc une promesse accessoire, par laquelle quelqu'un s'engage pour un autre qui est déjà obligé, et ne cesse pas de l'être.

C'était dans le Droit Romain une stipulation, parce qu'il se contractait par demande, et par réponse, suivant une formule solennelle. Le créancier demandait à la caution, Répondez-vous pour un tel. Elle répondait, Je promets.

3. Le cautionnement est une promesse accessoire, parce qu'elle accède à une obligation principale, sans laquelle elle ne peut exister : d'où il suit, 1° que l'extinction de l'obligation principale opère celle du cautionnement ; 2° que la caution ne peut pas être obligée au-delà du débiteur, parce qu'il ne peut pas y avoir plus dans l'accessoire que dans le principal.

La caution ne peut s'obliger, en cette qualité, que pour une personne déjà obligée ; car il ne peut y avoir de caution sans débiteur principal. En cela, le cautionnement diffère du mandat. Celui-ci précède l'obligation, au lieu que le cautionnement la suppose et y accède.

On peut cependant stipuler de quelqu'un qu'il se rendra caution pour un autre qui n'est point encore obligé. C'est en ce sens que Justinien dit que le cautionnement peut précéder l'obligation principale. Mais celui qui a fait cette promesse n'est obligé, comme caution, qu'après que le cautionné a contracté ; en sorte que ce n'est que par les paroles données, *verbis tantum*, que le cautionnement précède l'obligation principale. Il ne se réalise et ne se consomme qu'avec celle-ci.

1932. Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

On peut cependant cautionner l'obligation purement naturelle ainsi que celle dont le débiteur principal peut se faire décharger par une exception qui

1932. Suretyship can only be for the fulfilment of a valid obligation.

It may however be for the fulfilment of an obligation which is purely natural or from which the principal debtor may free himself by means of an

lui est purement personnelle, par exemple, dans le cas de minorité.

exception which is purely personal to himself; for example, in the case of minority.

---

* *C. N.* 2012. } Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité.

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fidej.*, *L.* 29. } Si sub impossibili conditione stipulatus sim, fidejussor adhiberi non potest. PAULUS.

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Si j'ai stipulé sous une condition impossible, on ne peut exiger de moi un répondant. (PAUL.)

---

* *ff. Liv.* 50, *Tit.* 17, *De reg. juris*, *L.* 78. } Generaliter, cùm de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est. (PAPINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } En général, toutes les fois qu'il est question de fraude, on ne fait pas seulement attention à ce que le demandeur a entre ses mains au temps de la contestation en cause, mais on lui accorde aussi tous les avantages qu'il auroit pu retirer de la chose contestée, s'il n'en eût pas été privé par la mauvaise foi du débiteur. (PAPINIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*) *Oblig.*, *n°* 194, 377, 395 *et s.* } 194. Pareillement des fidéjusseurs ne s'obligent pas valablement envers un cabaretier pour une dette de cabaret : car la

défaveur de la cause de la dette, qui fait dénier l'action au cabaretier, milite également, à l'égard des fidéjusseurs, comme à l'égard du principal obligé.

Lorsque c'est la seule qualité de la personne qui a porté la loi à annuler l'obligation, comme lorsqu'une femme sous puissance de mari s'est obligée sans être autorisée, il y aurait plus de raison de douter si l'action devrait être déniée contre les fidéjusseurs car c'est par une raison qui est personnelle à la femme, que la loi dénie l'action contre elle. Néanmoins il faut décider que l'obligation des fidéjusseurs n'est pas plus valable que celle de la femme : car la loi rendant nulle celle de la femme, elle ne subsiste aucunement, si ce n'est dans le for de la conscience : la loi civile la méconnaît et la déclare nulle ; et par conséquent elle ne peut pas être un sujet suffisant auquel puissent accéder d'autres obligations. Si, suivant les principes du droit romain, des fidéjusseurs peuvent accéder à une obligation naturelle, c'est que les obligations naturelles n'étaient pas des obligations que la loi improuvât et qu'elle déclarât nulles : elles étaient seulement destituées d'action. Mais les lois romaines décident que des fidéjusseurs ne peuvent accéder à des obligations que la loi réprouve et annulle. C'est sur ce principe qu'elles décident que des fidéjusseurs ne peuvent s'obliger valablement pour une femme qui se serait obligée contre la prohibition du senatus-consulte Velléien ; *quia totam obligationem senatus improbat* ; L. 16, § 1, ff. *ad SC. Vell.* L. 14, Cod. *dict. tit.* Par la même raison, on doit décider que des fidéjusseurs ne peuvent accéder à l'obligation qu'une femme mariée a contractée sans être autorisée, ni à toutes les autres obligations qui ne sont appelées *obligations purement naturelles*, que parce qu'elles sont improuvées par la loi civile. C'est aussi l'avis de Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. 2, ch. 1, sect. 5, n. 17.

377. Il résulte de notre définition, que le cautionnement étant une obligation accessoire à celle du principal débiteur, l'extinction de l'obligation principale entraîne aussi l'extinc-

tion du cautionnement, puisqu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale. Toutes les fois donc que le débiteur principal est libéré, de quelque manière que ce soit, non-seulement par le paiement réel qu'il aurait fait de la dette ou par la compensation de la dette, mais aussi par la remise qui lui en aurait été faite, le fidéjusseur est pareillement libéré : car l'essence du cautionnement étant que le fidéjusseur soit obligé pour un principal débiteur, il ne peut plus être obligé lorsqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qui il soit obligé.

395. On peut se rendre caution pour quelque obligation que ce soit : *Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur ;* L. 16, § 3, ff. *eod. tit.*

Observez que les obligations naturelles pour lesquelles il est dit dans ce texte que des cautions peuvent intervenir, sont celles pour lesquelles la loi civile n'accordait pas d'action ; telles que celles qui étaient formées par un simple pacte, qui étaient contractées par des esclaves, et qui n'étaient pas d'ailleurs réprouvées par les lois ; mais une caution ne peut pas utilement intervenir pour des obligations réprouvées par les lois, quoiqu'elles obligent dans le for de la conscience, et qu'elles puissent en ce sens être appelées obligations naturelles.

C'est sur ce principe que les lois décident qu'une caution ne peut valablement accéder à l'obligation d'une femme qui s'est obligée contre la défense du sénatus-consulte Velléien ; (L. 16, § 1, ff. *ad Sen. Vell.;* L. 14, Cod. *eod. tit.*) Car, quoique dans le for de la conscience, cette femme soit tenue de s'acquitter de son obligation, néanmoins cette obligation ayant été contractée contre la défense de la loi, elle est, dans le for extérieur, regardée comme nulle, et ne peut par conséquent servir de fondement à l'obligation d'une caution. La loi, en annulant l'obligation de la femme, annulle tout ce qui en dépend, et par conséquent les cautionnements qui en sont des accessoires. C'est le sens de ces termes de la loi 16, § 1er, *quia totam obligationem senatus improbat.*

Il me paraît qu'on doit décider la même chose à l'égard d'un cautionnement que quelqu'un aurait subi pour une femme sous puissance de mari, qui a contracté quelque obligation sans être autorisée. On doit même le décider *à fortiori ;* car la loi n'annulait que *per exceptionem* l'obligation de la femme qui s'était obligée contre le Velléien : mais on peut dire que, selon notre droit coutumier, celle de la femme qui a contracté sans être autorisée, quoiqu'elle puisse être valable dans le for de la conscience, est nulle, même *ipso jure*, dans le for extérieur, puisque nos coutumes la déclarent absolument inhabile à contracter et incapable de s'obliger. *Femme mariée* NE SE PEUT *obliger*, *etc.* Paris, art. 234 ; NE PEUT *aucunement contracter ;* Orléans, art. 194.

Domat, tit. *des Cautions*, sect. 1, n. 4, est d'un avis contraire au nôtre ; et Basnage cite un arrêt du Parlement de Bourgogne, rapporté par Bouvot qui a jugé valable un cautionnement pour une femme qui avait contracté sans être autorisée : mais je ne crois pas que la décision de cet arrêt doive être suivie. La distinction sur laquelle Basnage veut fonder cette décision, " si l'obligation principale est nulle *ratione rei, in obligationem deductæ*, ou si elle l'est *ratione personæ*," ne me paraît pas solide : une obligation, de quelque côté qu'elle soit nulle, soit *ratione rei*, soit *ratione personæ*, n'est pas une vraie obligation ; et il est de la nature des cautionnements qu'ils ne puissent subsister s'il y a une vraie obligation principale ; *suprà*, n. 366.

On ne doit pas comparer la femme sous puissance de mari au mineur. L'obligation d'un mineur n'est pas nulle ; la voie de la restitution que les lois lui accordent contre son obligation suppose une obligation : il y en a donc une à laquelle des cautions peuvent accéder. Mais l'obligation d'une femme sous puissance de mari, qui contracte sans être autorisée, est absolument nulle ; il n'y a aucune obligation à laquelle la caution ait pu accéder.

Mais si quelqu'un s'était obligé conjointement avec une femme non autorisée, non comme caution de cette femme,

mais comme débiteur principal, la nullité de l'obligation de la femme n'entraînerait pas la nullité de la sienne.

Par exemple, si une femme, sans être autorisée, et moi, nous avons emprunté de vous une certaine somme d'argent qui a été touchée par cette femme et que nous nous sommes obligés solidairement de vous rendre ; la femme ne sera pas obligée envers vous si elle a dissipé cette somme : mais je n'en suis pas moins obligé à vous la rendre, en étant moi-même débiteur principal, et vous l'ayant empruntée : car, pour que j'en sois l'emprunteur, il n'est pas nécessaire que je l'aie reçue moi-même ; il suffit que vous l'ayez réellement comptée à cette femme de mon consentement.

Les obligations qui sont contraires aux bonnes mœurs, étant nulles, on ne peut les cautionner.

Par exemple, si quelqu'un, en me chargeant de commettre un crime, s'était obligé envers moi de m'indemniser de toutes les suites que ce crime pourrait avoir, et de me donner une certaine récompense, on ne pourrait valablement cautionner une pareille obligation, qui, étant contraire aux bonnes mœurs, est nulle, et ne peut être par conséquent le sujet d'un cautionnement.

C'est en ce sens qu'on dit *maleficiorum fidejussorem accipi non posse* : mais on peut valablement cautionner celui qui a commis le délit, pour la réparation du tort qu'il a fait ; L. 70, § *fin.*, ff. *de fidejussor.*

396. On peut se rendre caution même de l'obligation d'un fait personnel dont la prestation ne peut se faire que par le débiteur principal ; (L. 8, § 1er, ff. *de Op. lib.* :) car cette obligation se convertit, par son inexécution, en une obligation de dommages et intérêts que la caution peut payer ; ce qui suffit pour que le cautionnement soit utilement contracté.

397. Le droit romain ne permettait pas qu'une femme reçût une caution de son mari pour la restitution de sa dot : cette défiance à l'égard de celui à qui elle confiait et soumettait sa personne, avait paru aux empereurs blesser la bienséance ;

L. 1 et 2, Cod. *de Fid. vel mand. dot.* Ces lois ne sont pas observées parmi nous.

398. On peut se rendre caution non-seulement d'une obligation principale, mais même d'un cautionnement : *Pro fidejussore fidejussorem accipi posse nequaquàm dubium est ;* L. 8, § 12.

Nos certificateurs de cautions sont des espèces de cautions de cautions.

399. Enfin on peut se rendre caution, non-seulement d'une obligation déjà contractée, mais d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore : *Adhiberi fidejussor tam futuræ quàm præsenti obligationi potest ;* (L. 6, § *fin. eod. tit.*) de manière néanmoins que l'obligation résultant de ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale ; car il est de son essence qu'elle ne puisse subsister sans une obligation principale.

Suivant ces principes, je peux bien dès aujourd'hui me rendre caution envers vous pour une somme de mille écus que vous vous proposez de prêter à Pierre ; mais l'obligation résultant de ce cautionnement, ne commencera à avoir d'effet que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre : tant que vous ne l'aurez pas encore fait, et que la chose sera entière, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, et que je n'entends plus être caution pour lui ; *Basnage*, *Traité des Hyp.*, p. 2, chap. 6.

---

* 2 *Guyot Rép.*, *v° Caution*, *p.* 765-6. } En général on peut se rendre Caution pour toutes sortes d'engagements qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs : toute promesse qui est susceptible d'exécution est sans contredit susceptible d'un Cautionnement.

Le Cautionnement participe en tout de la nature de l'obligation principale, c'est un accessoire qui en a tous les traits et toutes les qualités ; de sorte qu'au moment où cette obli-

gation principale s'anéantit, le Cautionnement s'évanouit avec elle.

Il est aussi de la nature d'un Cautionnement de n'avoir pas plus d'étendue que l'obligation pour laquelle il est donné; de sorte qu'on ne peut pas plus exiger de la Caution que du débiteur principal.

Quoique nous venions de dire que le Cautionnement ne subsiste plus aussitôt que l'obligation qui en est l'objet est évanouie, il est pourtant des cas où cette obligation subsiste contre la Caution, quoiqu'elle ne subsiste plus contre le débiteur principal : on prête, par exemple, sous mon Cautionnement une somme à un mineur ; il parvient à se faire relever de l'obligation qu'il a contractée par cet emprunt, et quoiqu'on ne puisse plus rechercher ce mineur, on n'en est pas moins en droit de s'adresser à moi qui l'ai cautionné, comme on le verra plus particulièrement par la suite.

Il y a aussi des cas où la Caution n'est pas plus obligée que le débiteur qui revient contre son obligation ; c'est lorsque celui-ci est fondé en moyens tirés du fond même de l'obligation pour la faire résoudre comme dans l'espèce que voici : Pierre s'étoit obligé envers Paul au payement d'une certaine somme, pour demeurer quitte envers lui de différens objets qu'on lui assuroit avoir été légués par le testament de son père en faveur de Paul, et je m'étois rendu garant de l'obligation. Le testament s'est trouvé, et il a été reconnu que Paul n'avoit rien à prétendre ; en conséquence, Pierre a demandé la résolution de sa promesse : s'il a été déchargé de son obligation, il est certain que je l'ai été en même temps du Cautionnement, parce que je n'ai entendu m'obliger pour Pierre qu'autant que Pierre seroit lui-même obligé.

Mais voici une autre espèce : Pierre a vendu un héritage, et je me suis rendu Caution que quand même il y auroit lieu à des lettres de rescision pour cause de lésion, Pierre n'en feroit point usage : cependant au bout de trois ans Pierre se pourvoit en lettres de rescision, et il parvient à les

faire entériner ; suis-je garant de ses démarches en vertu de mon Cautionnement ? La négative est la seule opinion accréditée ; elle est fondée sur cette raison, que l'obligation que l'on fait contracter à quelqu'un de ne pas réclamer contre le tort qu'on lui fait, est une obligation contre les bonnes mœurs ; ainsi comme le vendeur est toujours en droit de réclamer, quelque promesse qu'il ait faite par le contrat de n'en rien faire, celui qui a été garant qu'il ne réclameroit pas, n'est point obligé d'empêcher cette réclamation, et n'est point par conséquent responsable des suites qu'elle peut avoir ; en un mot, il n'est pas plus obligé que le vendeur dont il est la Caution, parce qu'il est également contre les bonnes mœurs de faire rejaillir sur une Caution le tort qu'elles ne permettent pas que l'on fasse à un principal obligé.

Il en seroit de même si Pierre avoit vendu avec promesse de garantir de toute éviction en retrait lignager, et que je me fusse rendu Caution de cette promesse. Comme une promesse semblable seroit une sorte d'extravagance, parce qu'on ne doit point chercher à obliger les autres sur des faits et des évènemens qui ne dépendent pas d'eux, je ne pourrois pas plus être recherché à cette occasion, que Pierre ne pourroit l'être lui-même.

Il est donc constant qu'excepté quelque cas particuliers dont il sera question par la suite, un Cautionnement quelconque ne sauroit produire un effet plus étendu que l'obligation principale, et que toutes les fois que l'obligation ne peut subsister, le Cautionnement cesse de plein droit.

---

* 4 *Nouveau Denizart*, *v°* *Caution*, § 1, *p*. 318. } 3. Il ne peut y avoir de cautionnement, lorsqu'il n'y a pas de dette principale. Ainsi si quelqu'un se croyant débiteur, parvient à justifier ensuite qu'il ne l'étoit pas, son obligation étant anéantie, l'obligation accessoire de la caution ne subsiste plus. Mais il n'est pas nécessaire que la dette soit actuelle et liquide. Comme on peut s'obliger au payement d'une

dette qui n'existe pas encore, ou qui n'est pas encore déterminée ; ou contracter une obligation sous des conditions dont l'événement est incertain : on peut de même cautionner l'exécution de ces sortes d'engagemens. Mais alors l'effet de l'obligation de la caution est suspendu jusqu'au moment où commence celle du principal obligé. La coutume de Bretagne qui contient dans l'article 189, une disposition contraire, ne doit pas être étendue au-delà de son territoire.

4. Le cautionnement est sans effet, lorsqu'il n'y a pas d'obligation ou naturelle ou civile de la part du débiteur principal : mais pour qu'il soit valable, il suffit d'une obligation purement naturelle. *Fidejussor accipi potest quoties est aliqua obligatio, civilis vel naturalis, cui applicetur.* Leg 16, ff. *De fidejuss. et mandat.* D'après ces principes, on ne pourroit cautionner un insensé, ou un furieux, ou toute autre personne incapable de volonté, et par conséquent de s'engager, par son fait, même naturellement. Mais comme l'obligation naturelle peut dériver de causes étrangères, et produire même une obligation civile, il s'ensuit qu'on peut valablement les cautionner pour ces sortes de dettes.

5. On peut valablement cautionner un mineur, quoique celui-ci soit admis à se faire relever des obligations qu'il a contractées : car c'est pour cela même que le créancier d'un mineur, veut, en contractant avec lui, s'sssurer d'une caution.

6. Quoiqu'un interdit pour cause de prodigalité ne puisse pas valablement s'obliger, néanmoins si la cause est honnête, comme elle produit un engagement qui le lie, au moins dans le for intérieur, celui qui l'a cautionné est obligé, même dans le for extérieur.

---

3 *Mourlon*, *Code Nap.*, *Tit. XIV*, *n*° 1126. } En résumé, 1° on peut cautionner toute dette qui peut être l'objet d'un paiement valable,—par conséquent : *a*, une dette valable ; *b*, une dette annulable ; *c*, une dette naturelle, par exemple,

une dette prescrite (voy., pour la dette de jeu le n° 1079 *sexies*).

On ne peut pas, au contraire, cautionner une dette qui n'a aucune existence : car, cette dette ne pouvant pas être *valablement* payée, un tiers ne peut pas promettre qu'elle le sera. Sa promesse, si elle était faite en connaissance de cause, ne serait rien autre chose qu'une donation, soumise, quant au fond et quant aux formes, aux lois qui régissent les libéralités.

Zachariæ (Massé et Vergé), Cautionn., § 759. — Bien que le cautionnement ne soit pas assujetti à certaines formes extérieures (1), il ne peut cependant résulter que d'une manifestation expresse de volonté (2), art. 2015.

(1) [Il n'est donc pas nécessaire qu'il soit constaté par écrit ; et la preuve par témoins peut en être faite dans tous les cas où cette preuve est admisssible d'après les règles du droit commun, et par conséquent, quand il s'agit d'une valeur inférieure à 150 fr., ou quand il y a un commencement de preuve par écrit, Cass., 1er fév. 1836, S.V., 36, 1, 511 ; Troplong, n. 135 ; Massé, 6, n. 358 ; Dalloz, n. 159.— Par conséquent, dans tous les cas où le cautionnement a le caractère d'un engagement commercial, il peut être prouvé par témoins, Cass., 26 mai 1829 ; Massé, *ibid.*—On a vu *sup.*, § 757, note 5, que le cautionnement, étant un contrat unilatéral, n'a pas besoin d'être fait double lorsqu'il est souscrit par acte sous seing privé. Mais de ce que le cautionnement est un contrat unilatéral, il en résulte, d'un autre côté, que l'acte sous seing privé qui le constate doit, conformément à l'art. 1326, être revêtu d'un *bon* ou *approuvé*, en toutes lettres, de la somme pour laquelle la caution s'oblige, Nancy, 9 mars 1818 ; Cass., 18 fév. 1822 ; 21 août 1827 ; Bruxelles, 21 nov. 1829 ; Paris, 14 mai 1846, S.V., 46, 2, 299 ; Cass., 1er mars 1853, S. V., 55, 1, 211 ; Ponsot, n. 21 ; Dalloz, n. 157.— *Contrà*, Paris, 8 pluv. an X et 13 mai 1816 ; Bruxelles, 2 juill. 1817 ; Lyon, 12 avr. 1832, S.V., 33, 2, 428 ; Cass., 1er fév. 1836, S.V., 36, 1, 511. — La règle suivant laquelle les actes sous seing privé ne peuvent être opposés aux tiers que du jour où ils ont acquis date certaine, s'applique au cautionnement. L'existence d'un cautionnement de la part d'un individu qui a payé une dette, et qui par suite se prétend subrogé aux droits du créancier payé, ne peut donc, à l'égard des tiers, être établie que par un acte ayant date certaine anté-

[ARTICLE 1932.]

Toute personne capable de s'obliger est capable de se rendre caution (3). Mais il ne suffit pas d'être capable de s'obliger

rieure au payement : il ne suffirait pas, par exemple, de la mention de ce cautionnement au bas de l'un des doubles de l'obligation prétendue cautionnée. Lyon, 13 janv. 1849, S.V. 49, 2, 108. V. aussi Bordeaux, 27 janv. 1829 ; et Dalloz, n. 162.] (Massé et Vergé.)

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Caution*, § 3 ; Favard, v° *Cautionnement*, sect. 1, § 1. Ainsi, il n'y a pas de cautionnement dans le fait d'un tiers d'avoir apposé sa signature sur un billet souscrit par un autre, même avec l'addition du mot *approuvé*, Bourges, 24 fév. 1832, S. V., 2, 539. Aussi le cautionnement est-il *strictissimæ interpretationis*, art. 2015, V. L. 68, § 1. *Dig* ; L. 6. C. *De fidejuss.*— [Le cautionnement ne peut être étendu ni d'un cas à un autre, ni d'une chose à une autre. V. Rouen, 2 juin 1815 ; Bordeaux, 9 juill., 1827 ; Paris, 12 avr. 1834, S. V., 34, 2, 296 ; Rouen, 23 déc. 1840, S. V., 41, 2, 127 ; Cass., 12 janv. 1842, S. V., 42, 1, 138 ; 14 juill. 1845, S. V., 45, 1, 484 ; 31 juill. 1849. S. V., 49, 1, 709 ; et Douai, 12 déc. 1854, Dall., 55, 2, 138. V. aussi Ponsot, n. 121 ; Troplong, n. 148 et s.; Duranton, 18, n. 320 ; Dalloz, n. 93 et s.—Le cautionnement ne peut non plus, en général du moins, être étendu d'une personne à une autre. Cependant, quand l'obligation principale est de celles qui se transmettent aux héritiers, l'obligation accessoire de la caution dure autant que l'obligation principale et ne s'éteint pas par le décès du débiteur, Troplong, n. 150 et s. Ainsi, le bail n'étant pas rompu par le décès du preneur, la caution reste obligée, malgré le décès de ce dernier, pour toute la durée du bail, Troplong, n. 152 ; Dalloz, n. 120.—On ne peut même, en certains cas, étendre le cautionnement d'une personne ayant un état déterminé à la même personne qui vient à changer d'état, quand ce changement d'état est de nature à changer la condition de la caution et à aggraver ses obligations. Ainsi la caution d'une femme usufruitière cesse d'être obligée si cette femme vient à se marier, parce qu'alors l'usufruit passe entre les mains du mari dont la caution n'a pas entendu cautionner l'administration, Troplong, n. 154.—*Contrà*, Ponsot, n. 31.— Il en serait de même au cas où un usufruitier cautionné viendrait à vendre son usufruit : la caution ne pourrait être étendue du vendeur à l'acquéreur, Troplong, n. 153.] (Massé et Vergé.)

(3) Le Code n'a point adopté le sénatus-consulte Velléïen, [qui défendait aux femmes mariées ou non mariées de se rendre caution. V. cass., 27 août 1810, 5 mars 1811, 17 août 1813 ; Merlin, *Quest.*, v° *Sénat-cons. Velléien*, § 2 ; Ponsot, n. 132 ; Troplong, n. 176 et s. ; Dalloz, n. 127.]— Rien n'empêche d'ailleurs le mari de se porter caution de sa femme, Bordeaux, 29 juin 1830. (Massé et Vergé.)

pour pouvoir être présenté comme caution par un débiteur tenu par un motif quelconque de fournir une caution (1).

Il faut, dans cette hypothèse, que celui qui est présenté pour caution soit non-seulement capable de s'obliger (2), mais encore qu'il soit solvable (3), et domicilié dans le ressort de la Cour impériable où la caution doit être fournie (4), art. 2018. V. aussi art. 2060, alin. 5. La solvabilité de cette caution

(1) Les règles qui suivent sont donc inapplicables au cas où les parties sont convenues qu'une personne déterminée serait donnée pour caution. V. art. 2020. V. aussi Pothier, n. 392 ; les discussions, Malleville, Delaporte et Delvincourt sur cet article ; Duranton, 18, n. 324. [V. aussi Troplong, n. 216]. (Massé et Vergé.)

(2) [On s'est demandé si une personne capable de s'obliger pourrait être récusée par le créancier auquel une caution doit être fournie, sous le prétexte qu'elle est d'un caractère tracassier et processif. Et bien que ce ne soit pas là une cause d'exclusion légale, des auteurs pensent que les tribunaux pourraient avoir égard aux défauts de caractère de la personne offerte comme caution, pour admettre le refus du créancier d'établir avec elle des rapports juridiques. V. Troplong, n. 188, et Dalloz, n. 129. Mais nous ne croyons pas que les pouvoirs des juges puissent aller jusque-là, et que lorsqu'une caution est d'ailleurs pourvue de toutes les qualités exigées par la loi, elle puisse être arbitrairement refusée, sous prétexte de défauts de caractère sans importance légale.] (Massé et Vergé).

(3) C'est au débiteur à faire preuve de la solvabilité de la caution.— [La caution dont la solvabilité est contestée est non recevable à intervenir dans l'instance pour établir elle-même sa solvabilité : la partie qui doit fournir caution a seule qualité à cet effet, Paris, 15 avril 1820.] (Massé et Vergé.)

(4) Ainsi, le changement de domicile de la caution autorise le creancier à demander qu'elle soit remplacée, à moins que la caution n'ait déjà fait, ou ne consente à faire élection de domicile dans le ressort de la cour où elle avait le domicile qu'elle a quitté, Duranton, 18, n. 325 ; [Troplong, n. 200 et 222 ; Ponsot, n. 165 ; Dalloz, n. 140.— L'art. 2018 veut que la caution ait son domicile dans le ressort de la Cour où la caution doit être donnée sans s'expliquer sur le point de savoir dans quel lieu la caution est réputée donnée, si c'est au domicile du créancier ou au domicile du débiteur, ou dans le lieu où le contrat est passé. La solution de la question, s'il s'agit d'une caution conventionnelle., dépend

doit être exclusivement estimée d'après l'importance de ses propriétés foncières (1), comparées à la dette, excepté en matière de commerce (2) ou lorsqu'il s'agit de dettes modiques. On ne doit pas prendre d'ailleurs en considération, pour estimer la solvabilité de la caution, des immeubles liti-

des termes de la convention. Dans le silence de la convention, il semble que la caution doit être domiciliée dans le ressort du domicile du créancier, puisque c'est dans son intérêt qu'elle est fournie, Troplong, n. 192 et s.—*Contrà*, Ponsot, n. 159, qui se prononce pour le domicile du débiteur. S'il s'agit d'une caution légale, la question dépend des circonstances, V. Troplong, n. 195 et s. S'il s'agit d'une caution judiciaire, elle doit être domiciliée dans le ressort de la Cour de laquelle dépend le tribunal qui l'ordonne.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

(1) Ainsi, il ne suffirait pas que la caution fît le dépôt d'une somme d'argent suffisante. V. cependant, Paris, 9 avr. 1813. [L'art. 2019 exigeant que la solvabilité de la caution soit estimée d'après ses propriétés foncières, il en résulte qu'elle doit la justifier par des biens ayant la nature d'immeubles et qu'on ne pourrait admettre des meubles immobilisés, tels que des actions de la Banque ou des rentes sur l'Etat, Troplong, n. 204 ; Dalloz, n. 130.—Il en est toutefois autrement de la caution exigée en cas de surenchère. V. Pr., art., 832. V. aussi l'arrêt précité de la Cour de Paris ; Amiens, 2 fév. 1819, et Orléans, 25 mars 1831, S. V., 31 2, 335.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) [En matière de commerce, c'est le crédit notoire de la caution qui en établit la solvabilité, Cass., 13 nov. 1839, S. V., 39, 1, 943 ; Troplong, n. 205 ; Massé, 6, n. 351.—Il est même à remarquer qu'en matière de commerce il n'est pas nécessaire de donner un commerçant pour caution. Un non-commerçant, dont la solvabilité est reconnue, pourrait être admis aussi bien qu'un commerçant : l'art. 2019 ne fait à cet égard aucune distinction, Massé, *ibid.*, n. 352. Mais nous ne croyons pas qu'on doive partager l'opinion d'après laquelle un commerçant qui n'ayant pas d'immeubles, est d'ailleurs notoirement solvable, puisse être donné pour caution d'une dette civile. V. Troplong, n. 206. On ne peut pas dire que dans ce cas la matière soit commerciale, car il est bien évident que l'art. 2019 en faisant une exception pour les matières commerciales, entend parler de celles qui sont commerciales d'après l'objet de l'obligation principale, et non de celles dans lesquelles on offre un commerçant pour caution : ce n'est pas la qualité de la caution qui fait la nature de la matière, Massé, *ibid.*, n. 353 ; Dalloz, n. 130.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

gieux (1), ceux sur lesquels elle n'a qu'un droit révocable (2), ou ceux dont l'éloignement rendrait la discussion difficile (3), art. 2019.

Si la caution fournie et acceptée devient ensuite insolvable, le débiteur est tenu d'en fournir une autre (4), article 2020.

(1) [Il suffit que le droit de la caution sur un immeuble soit incertain, pour que cet immeuble doive être considéré comme litigieux dans le sens de l'art. 2019 ; il n'est pas nécessaire qu'il y ait procès commencé, Duranton, 18, n. 326 ; Ponsot, n. 145 ; Troplong, n. 210 ; Dalloz, n. 131.] (Massé et Vergé.)

(2) Colmar, 31 août 1810 ; [Delvincourt, 3. p. 137 ; Duranton, 18, n. 326 ; Troplong, n. 209.—On ne doit pas non plus avoir égard aux immeubles hypothéqués pour des valeurs considérables, Troplong, *ibid.*] (Massé et Vergé.)

(3) C'est là un point remis à l'appréciation du juge, Turin, 13 avril 1808 ; Bordeaux, 27 nov. 1828. [C'est-à-dire qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier, d'après les circonstances, si l'éloignement est tel que la discussion de la caution soit difficile : il n'est donc pas nécessaire, pour que la discussion soit réputée facile, que les immeubles soient situés dans le ressort de la Cour où la caution doit être reçue, Delvincourt, 3, p. 137 ; Duranton, 18, n. 327 ; Ponsot, n. 156 ; Troplong, n. 211. V. cependant l'exposé des motifs de Treilhard dans Fenet, 14, p. 39.] (Massé et Vergé).

(4) L. 3, § 8, Dig, *ut in possess. legat.* [Aux termes de l'art. 2020, c'est l'insolvabilité survenue de la caution qui impose au débiteur l'obligation de la remplacer. Si donc la caution n'était pas devenue tout à fait insolvable, et si sa solvabilité se trouvait seulement diminuée, le débiteur ne serait pas tenu de fournir une caution nouvelle ; il pourrait simplement être soumis à fournir un supplément de cautionnement, Ponsot, n. 169 ; Troplong, n. 218. Il est même à remarquer que le créancier ne serait fondé à exiger ce supplément qu'autant que la solvabilité de la caution aurait subi une atteinte sérieuse : il ne suffirait pas, par exemple, que les immeubles du fidéjusseur vinssent, par suite de son mariage, à être frappés d'hypothèque légale, Duranton, 18, n. 329, Troplong, n. 219.—Dans tous les cas, c'est au créancier qui allègue une diminution dans la solvabilité de la caution à la prouver, Turin, 28 mai 1816 ; Dalloz, 138.—On s'est demandé si l'on devait assimiler à l'insolvabilité de la caution l'extinction du cautionnement par l'effet de la confusion résultant

[ARTICLE 1932.]

On peut cautionner toute espèce d'obligations ayant pour objet une somme d'argent ou une valeur appréciable en argent (1). Et bien que la validité du cautionnement dépende ordinairement de celle de l'obligation principale (2), on peut

de ce que le débiteur a hérité de la caution ou la caution du débiteur? Les uns ont adopté l'affirmative, en se fondant sur ce que cette confusion fait disparaître la caution, d'où ils concluent que le créancier a le droit de demander une caution nouvelle, Ponsot, n. 174. Selon d'autres, au contraire, il suffit au créancier, pour garantir ses droits, de demander la séparation des patrimoines, Troplong, n. 220. Toutefois nous croyons que le créancier a seulement la faculté de demander cette séparation, rien ne lui en fait une obligation absolue; si donc la séparation des patrimoines n'avait pas été demandée ou ne pouvait plus avoir lieu, le créancier aurait le droit de demander une nouvelle caution, Dalloz, n. 139.—Mais ce droit ne lui appartiendrait en aucun cas, si l'extinction du cautionnement résultait de ce que le créancier lui-même a hérité de la caution, le créancier qui représente alors la caution n'étant pas fondé à se plaindre d'une confusion dont il profite: ici, peut par analogie s'appliquer la maxime: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, Ponsot, n. 176; Troplong, n. 221; Dalloz. n. 140.— L'art. 2020 fait cesser le droit du créancier de demander le remplacement de la caution devenue insolvalble, dans le cas où la caution n'a été donné qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. Mais il est à remarquer que cette disposition ne s'applique qu'au cas où la caution a été reçue par le créancier en exécution d'une obligation préexistante à lui imposée ou par lui souscrite, et qu'elle ne concerne point le cas où la caution est venue accéder au contrat principal, sans que le débiteur eût précédemment promis cette accession, Troplong, n. 216.—*Contrà*, Dalloz, n. 143.] (Massé et Vergé).

(1) [On peut même cautionner l'obligation de livrer un corps certain ou de faire personnellement une chose déterminée; car ce n'est pas sur l'exécution directe de cette obligation que porte le cautionnement, mais sur le payement des dommages-intérêts dont son inexécution rend le débiteur passible, Delvincourt, 3, p. 254; Ponsot, n. 34; Troplong, n. 51. V. *inf.*, § 760, note 3.] (Massé et Vergé.)

(2) Ainsi, celui qui s'est rendu caution d'une obligation valable en elle-même, mais cependant susceptible d'être attaquée pour une cause quelconque, par exemple, pour violence, pour dol ou pour lésion, peut,

cependant cautionner valablement une obligation susceptible d'être annulée par une exception tirée de la capacité personnelle du débiteur principal (1), art. 2012 et 2036.

s'il est poursuivi, proposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, Troplong, n. 494 et s.; quand même le débiteur principal aurait lui-même renoncé à ces exceptions, Troplong, n. 89 et s.; Dalloz, n. 61. Mais il ne peut opposer les exceptions personnelles au débiteur, parce que ces exceptions, qui ont pour résultat de faire que le débiteur ne soit pas obligé, n'ont pas pour résultat de faire qu'il n'y ait pas d'obligation, art. 2036 ; Troplong, n. 495 ; Massé, 6, n. 391.]—Le cautionnement fourni pour l'exécution d'un contrat illicite est nul, Grenoble, 4 déc. 1830 ; [Pau, 12 janv. 1826 ; Grenoble, 4 déc. 1830 ; Bastia, 14 avr. 1834, S. V., 34, 2, 594.—Ainsi, on ne peut cautionner une dette de jeu ou le payement d'un pari, Duranton, 18, n. 302 ; Ponsot, n. 46 et 73 ; Troplong, n. 85 ; Dalloz, n. 61.—On peut cautionner une obligation future et incertaine dans sa quotité, mais déterminée quant à son objet, par exemple, tous les billets qu'un banquier tiendrait du débiteur cautionné, Grenoble, 10 juin 1825, Cass., 16 juin 1846, S. V., 46, 1, 440 ; ou un crédit ouvert pour toutes les sommes qu'un banquier a prêtées ou prêtera à une personne à qui il a ouvert un crédit, Paris, 28 déc. 1853, Dall., 54, 2, 156.]—Le cautionnement d'une obligation naturelle doit être considéré comme une expromission, Delvincourt sur l'art. 2012. [C'est-à-dire que le cautionnement vaudrait comme substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien. Nous croyons cependant que le cautionnement d'une obligation naturelle est valable par lui-même, sans qu'il soit nécessaire d'y voir une expromission : celui qui est obligé naturellement n'en est pas moins obligé ; son obligation peut donc être cautionnée, et si la caution est obligée civilement, il en résulte qu'elle est obligée d'une autre manière que le débiteur principal mais non qu'elle se soit substituée à lui. V. Troplong, n. 53 ; Massé, 6, n. 345.] (MASSÉ ET VERGÉ)

(1) Ainsi, par exemple, on peut valablement cautionner l'obligation d'un mineur, Cass., 30 nov. 1812. [C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 2012, V. aussi art. 2036.—Il est à remarquer toutefois que si le mineur s'était obligé en une qualité que lui ferait perdre la restitution par lui obtenue contre son obligation, par exemple, la qualité d'héritier contre laquelle il se serait fait restituer, la caution pourrait se prévaloir de la nullité de l'obligation, parce qu'elle a entendu cautionner non pas précisément un mineur, mais un héritier mineur, Pothier, n. 382 ; Delvincourt, 3, p. 253 ; Grenier, *Hyp.*, n. 55 ; Ponsot, n. 64 ; Troplong, n. 76 ; Dalloz, n. 55.— On peut, à plus forte raison, cautionner celle

Lahaie, sur art. 2012 *C. N.* } *Treilhard*, exposé des motifs au Corps législatif, 3 février 1804. —Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par le dol, arrachée par la violence, entachée de quelque vice de cette nature, est nulle : l'acte qui la cautionne tombe par conséquent avec elle.—Mais si l'obligé principal ne se trouvait que par une exception qui lui serait toute personnelle, dégagé d'une obligation valable en elle-même, sa restitution ne détruirait pas l'essence de l'obligation, et le cautionnement devrait produire son effet.—Telle serait celle contractée par un mineur.

(Voy. Chabot, rapport au Tribunat, 11 février 1804).

Lahary, discours au Corps législatif, 14 février 1804.

Hua.—En se référant isolément aux art. 1109, 1110, 1113, 1116 et 1118, on pourrait regarder comme nuls les engagemens qui ne sont la suite que de l'erreur, de la violence, du dol, ou ceux qui sont viciés par la lésion. Mais on ne pour-

des obligations d'un mineur émancipé qui ne sont pas nulles, mais seulement réductibles en cas d'excès, Troplong, n. 77 et 78 ; Dalloz, n. 56.—Dans aucun cas, d'ailleurs, la caution ne serait engagée si l'obligation souscrite par le mineur était nulle, comme obtenue à l'aide d'un dol ou d'une fraude caractérisée. V. Ponsot, n. 63 ; Troplong, n. 79 ; Dalloz, n. 57.— V. cependant Duranton, 18 n. 308.]—Est valable le cautionnement de l'obligation contractée par une femme mariée, sans le consentement de son mari, Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation maritale*, sect. 3, § 2 ; Duranton, 2, n. 510 ; [Ponsot, n. 67 ; Troplong, n. 82 ;] Paris, 24 juill. 1819.—Il en est de même du cautionnement de l'obligation d'un interdit, Favard, v° *Nullité*, § 3, n. 3 ; Duranton, 18, n. 305 et s.; [Ponsot, n. 65 ; Troplong, n. 80 ; pourvu, bien entendu, qu'il s'agisse d'une obligation contractée dans un intervalle lucide.]—Il résulte également de l'art. 2012, qu'on peut cautionner l'aliénation d'un fonds dotal, [Cass., 3 août 1825 ; Poitiers, 5 mai 1825 ; Grenoble, 6 mars 1833 et 17 fév. 1847, S. V., 48, 2, 55 ; Montpellier, 7 mars 1850, S. V., 50, 2, 381 ; Tessier, *de la Dot*, n. 689 ; Duranton, 5, n. 525 ; Ponsot, n. 55 ; Troplong, n. 87 ; Dalloz, n. 65.—*Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Dot*, § 8, n. 5 ; Toulouse, 5 fév. 1812.— On peut encore valablement cautionner une donation entre époux excédant la quotité disponible, Colmar, 19 fév. 1845, Dall., 46, 2, 197.] (MASSÉ ET VERGÉ.)

rait plus reconnaître de nullité absolue quant à l'incapacité des contractans ; leurs obligations subsistent tant que la rescision ou nullité n'a point été prononcée : par une conséquence nécessaire, toute obligation, même annulable ou rescindable, pourrait devenir la cause suffisante d'un cautionnement, et il n'y aura plus de nullité susceptible de vicier le contrat accessoire, que l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité, dans la rédaction de l'acte d'obligation principale, ou le vice de celui-ci provenant de ce qu'il serait contraire aux bonnes mœurs ou à une disposition textuelle d'une loi. (Voir art. 1124).

Delvincourt, t. 2, note de la p. 213.—On entend par obligation *valable*, celle qui a un effet civil quelconque. Les obligations dont la cause est illicite, telles que celles provenant du jeu ou du pari, ne peuvent être cautionnées. Le créancier non payé ne pourrait pas plus agir alors contre la caution que contre le débiteur principal. Rolland de Villargues. v. cautionnement, n. 29, et Toullier, t. 6, n. 394, même opinion.

Le concordat fait, même volontairement, entre le débiteur et ses créanciers, ne profite point à la caution pour la portion de la dette remise ; car ce n'est que pour le cas d'insolvabilité du débiteur principal que l'on exige une caution. Mais la transaction profite à la caution, à moins que cette transaction n'ait été révoquée du mutuel consentement des parties, avant que la caution ne l'eût opposée.

Lorsqu'on cautionne une obligation future, l'obligation de la caution ne commence à naître que du jour où l'obligation principale a commencé à exister. Jusque là, le cautionnement peut être révoqué par une simple déclaration de la caution notifiée au créancier.

Merlin, R., v. caution, § 1, n. 1.—Quoique nous venions de dire que le cautionnement ne subsiste plus aussitôt que l'obligation qui en est l'objet est évanouie, il est pourtant des cas où cette obligation subsiste contre la caution, quoiqu'elle ne subsiste plus contre le débileur principal. On prête, par exemple, sous mon cautionnement, une somme à

un mineur ; il parvient à se faire relever de l'obligation qu'il a contractée par cet emprunt, et quoiqu'on ne puisse plus rechercher ce mineur, on n'est pas moins en droit de s'adresser à moi qui l'ait cautionné.

Duranton, t. 18, n. 306 et 307.—Ainsi, on pourrait valablement cautionner l'obligation d'un interdit. L'engagement de la caution serait alors obligatoire, et celle-ci, après avoir payé, n'aurait de recours contre l'interdit que jusqu'à concurrence de ce dont il aurait profité de l'engagement principal.

Toutefois, si celui qui a cautionné l'interdit ignorait l'interdiction, et que le créancier la connût et ne l'en eût point averti, la caution pourrait se faire de cette circonstance une exception de mauvaise foi, pour repousser l'action dirigée contre elle. (Voir Delvincourt, t. 3, p. 253 ; Grenier, hyp., n. 55 ; Pothier, oblig., n. 394 ; Dalloz Rec. alph., t. 2, p. 374, note).

A. Dalloz, v caution, n. 34.—Les obligations d'une femme non autorisée sont radicalement nulles, et non susceptibles de cautionnement (Pothier, obligations, n. 396). *Contrà*, Domat, des cautions, sect. 1, n. 4, est d'une opinion contraire, fondée sur ce que la femme est liée au moins naturellement, comme le mineur. Dalloz partage cette opinion, t. 2, p. 374, note.

N. 36—La nullité absolue de la vente faite par le mari, d'un immeuble dotal, fait-elle disparaître tout principe d'obligation naturelle, en sorte qu'on puisse décider que le contrat n'est pas susceptible de cautionnement ? Merlin pense que non et avec raison. (Dalloz. Rec. alphab., t. 2, p. 375, n. 2. Voir Pothier, obligations, n. 399 ; Delvincourt, t. 3, p. 254 ; Pothier, *ibid*, p. 400 ; Duranton, t. 18, n. 297).

On peut cautionner valablement un interdit. Tous les auteurs soutiennent l'affirmative par l'application de l'art. 1125, parce que celui qui s'est obligé a entendu le faire *principaliter*.

[ARTICLE 1933.]

1933. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

1933. Suretyship cannot be contracted for a greater sum nor under more onerous conditions than the principal obligation.

It may be contracted for a part only of the debt, or under conditions less onerous.

The suretyship which exceeds the debt, or is contracted under more onerous conditions, is not null ; it is only reducible to the measure of the principal obligation.

---

* *C. N.* 2013. } Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

---

* *C. L.* 3006. } Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus dures.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins dures.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus dures, n'est point nul, mais seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

[ARTICLE 1933.]

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fid. et mandat.*, *L.* 8, § 7. } Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur : quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari. In leviorem planè causam accipi possunt : propter quod in minorem summam rectè fidejussor accipietur. Item accepto reo purè, ipse ex die vel sub conditione accipi potest. Enim vero si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor purè, non obligabitur. (ULPIANUS).

Ibidem Trad. de M. Berthelot. } Cette règle est commune à l'égard de tous ceux qui sont obligés pour les autres : si on les emploie pour leur imposer une obligation plus dure, il est convenu qu'ils ne sont aucunement obligés. Mais ils peuvent se charger d'une obligation plus légère, c'est pourquoi un fidéjusseur peut être très-bien obligé pour une moindre somme. De même le débiteur principal étant obligé purement, le fidéjusseur peut l'être à partir d'un certain jour ou sous condition. Mais si le principal obligé doit sous condition, et que le fidéjusseur ait promis purement, il n'est pas obligé. (ULPIEN.)

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.* 41, *De fid. et mand.*, *L.* 22. } Si ultra hoc quod accepit ea, pro qua te mandatorio nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti : præses provinciæ ex hoc quod ultra mandatum tuum numeratum est, à te nihil exigi patietur.

Sancit. 12 calend. maii, cc. Coss. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Si vous vous êtes engagé de donner plus que ne devait celle pour qui vous avez répondu comme mandateur, le président de la province veillera à ce que vous ne soyiez pas inquiété pour cet excédant non dû.

Fait le 12 des calend. de mai, sous le cons. des Césars. (EMPP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN.)

[ARTICLE 1933.]

* 2 *Guyot, Rép.*, v° *Caution,* *p.* 766. } L'obligation de la Caution ne peut pas être, comme nous venons de le dire, plus forte que celle du principal obligé ; mais rien n'empêche qu'elle ne soit moindre. On peut, par exemple, n'être Caution que pour un temps, tandis que le débiteur peut rester encore obligé ; on peut ne l'être que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, tandis que le débiteur peut l'être pour davantage : tout ceci dépend des clauses qu'on est maître de stipuler lors du Cautionnement, pourvu, comme nous l'avons dit, qu'il ne se passe rien contre les bonnes mœurs ; car en fait de délits, par exemple, non-seulement celui qui s'obligeroit de les commettre seroit coupable, mais encore celui qui se rendroit Caution des évènemens envers le délinquant.

Une seule et même obligation est susceptible de différens Cautionnemens à la fois par plusieurs personnes. Celles-là peuvent être Cautions pour une partie et celles-ci pour une autre ; chacune d'elles peut l'être pour le tout, et chacune est censée l'être ainsi, à moins qu'on ne s'en soit autrement expliqué.

Lorsqu'on se rend Caution pour quelqu'un, l'engagement ne va pas au-delà de la somme ou de la cause exprimée ; de sorte que si la somme produit des intérêts, la Caution ne sera point responsable de ces intérêts, à moins que le Cautionnement ne soit général. On n'est point responsable non plus des dommages-intérêts qui peuvent naître d'une cause étrangère au Cautionnement. Si, par exemple, on a répondu d'un administrateur de revenus publics, et que cet administrateur prévarique dans sa gestion, on sera bien tenu du remboursement des deniers détournés ; mais on ne le sera pas des amendes qui pourront en être la suite.

Dalloz et Vergé, Cod. ann., *sur art.* 2013, *C. N.* } 1. La règle de l'art. 2013 est de l'essence du cautionnement ; les parties ne peuvent y déroger, et, par exemple, obliger le

fidéjusseur à payer une somme supérieure à celle dont le débiteur est tenu, sans changer la nature du contrat. — J. G. *Cautionn.*, 165.

2. L'excès dans l'engagement de la caution s'estime eu égard à la quantité, au temps, au lieu, à la condition et au mode.—J. G. *Cautionn.*, 75.

3.—I. Excès dans la quantité.—La caution ne peut s'obliger à une chose autre que celle promise par le débiteur principal ; ainsi, l'engagement par une caution de payer des denrées en nature, alors que le débiteur principal doit une somme d'argent, est nul.—J. G. *Cautionn.*, 87.

4. ... A moins que les circonstances ne permettent de voir dans la convention un pacte *constitutæ pecuniæ*, ou que l'engagement de la caution ne constitue une obligation principale.—J. G. *Cautionn.*, 87.

5. Toutefois, la caution peut promettre une somme d'argent au lieu de la chose due principalement.—J. G. *Cautionn.*, 88.

6. Seulement, si, dans ce cas, l'engagement de la caution dépassait celui de l'obligé principal, il serait réductible. (Quest. controv.)—J. G. *Cautionn.*, 88.

7. La caution n'est tenue que jusqu'à concurrence de la somme que doit le débiteur, alors même qu'elle se serait engagée à payer une somme plus forte.— J. G. *Cautionn.*, 76.

8. Ainsi, la caution d'un crédit ouvert à un individu qui depuis a fait faillite n'est tenue envers le bailleur de fonds que jusqu'à concurrence des sommes pour lesquelles il a été *admis au passif* de la faillite ; par suite, si elle a payé à ce dernier la totalité des sommes dont il se prétendait créancier, elle a le droit de répéter contre lui et la somme excédant celle pour laquelle il a été admis au passif de la faillite, et les dividendes par lui reçus.— Douai, 9 janv. 1841, J. G. *Cautionn.*, 76.

9. La caution qui s'est engagée pour une somme déterminée, alors que la dette principale n'était pas liquidée, n'est pas tenu de fournir la somme promise déterminément, si

la liquidation constate que la dette principale est inférieure à cette somme.—J. G. *Cautionn.*, 77.

10. Dans le cas où le débiteur d'une dette échue, de 1,000 fr., par exemple, ne pouvant la payer, un tiers vient le cautionner et s'engage à payer au créancier 1050 fr. dans un an, ce pacte est valable, en tant qu'engagement direct, pour la somme excédant la dette principale, si le fidéjusseur a entendu s'engager pour cet excédant en qualité de donateur, de débiteur direct, ou de porte-fort. Mais cet excédant doit être retranché si c'est uniquement comme caution que le tiers a contracté.—J. G. *Cautionn.*, 78.

11.—II. Excès par rapport au temps.—La caution ne peut être tenue de payer dans un temps plus court que celui assigné au débiteur principal : l'engagement qu'elle prendrait à cet égard ne l'empêcherait pas de profiter du délai accordé à celui-ci.—J. G. *Cautionn.*, 79, 167.

12. Ainsi, lorsqu'un débiteur s'est obligé à payer une somme *quand il serait par justice ordonné*, le créancier ne peut poursuivre la caution de cet engagement avant d'avoir obtenu un jugement contre le débiteur principal, lors même que la caution aurait renoncé à tous les bénéfices accordés aux fidéjusseurs.—Turin, 6 pluv. an. 12, J. G. *Cautionn.*, 167.

13. Toutefois, l'engagement de payer à un terme plus court que celui du débiteur pourrait valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ*, s'il apparaissait que les parties ont entendu modifier l'obligation principale.—J. G. *Cautionn.*, 79.—V. art. 2011, n° 11.

14. Celui qui s'est porté caution d'une certaine somme, avec obligation de fournir hypothèque pour sûreté de cette somme à la première réquisition du créancier, peut être condamné à la payer sans pouvoir réclamer le bénéfice du terme attaché à la dette principale, s'il ne peut fournir la sûreté promise : les règles des arts. 2011 et 2013 sont ici sans application. — Bruxelles, 20 mars 1837, J. G. *Cautionn.*, 109-3°.

15. Le *sursis* accordé au débiteur principal profite à la

caution, quoiqu'elle se soit engagée solidairement et ait renoncé à tous bénéfices de droit.—Trèves, 23 nov., 1807, J. G. *Cautionn*, 79–2°.

16. Lorsqu'un sursis a été accordé à un débiteur, d'une manière générale, et sans spécification des créances auxquelles s'applique le sursis, on ne peut priver la caution du bénéfice de ce sursis, sous le prétexte qu'il ne serait applicable qu'à une espèce de créance autre que celle qui a été cautionnée.—Req. 19 janv. 1830, J. G. *Cautionn.*, 79–3°.

17. Le sursis accordé au débiteur principal profite à la caution, alors même que le créancier aurait déclaré qu'il entendait restreindre au débiteur seul, et non à sa caution, la prorogation du délai.—J. G. *Cautionn.*, 79.

18. Mais il n'en serait plus de même si la prorogation du terme résultait d'un concordat qu'un débiteur failli aurait passé avec ses créanciers.—J. G. *Cautionn.*, 79.

19. Lorsque le débiteur est déchu du bénéfice du terme (c. civ. 1188), la caution est-elle passible de la même déchéance?—V. art. 2021, n°s 10 et s.

20.—III. Excès par rapport au lieu du payement.—La caution n'est tenue de payer qu'au lieu déterminé par l'obligation principale, quand même elle aurait promis de payer dans un lieu plus éloigné, ... à moins que le lieu différent n'ait été choisi pour la convenance de la caution. — J. G. *Cautionn.*, 80.

21. Une telle promesse serait valable si elle émanait, non d'une caution, mais d'un individu lié par le pacte *constitutæ pecuniæ*. — J. G. *Cautionn.*, 80.

22.—IV. Excès par rapport aux conditions et au mode.—La caution ne peut s'engager purement et simplement quand l'obligation principale est conditionnelle. — J. G. *Cautionn.*, 69, 81.

23. Ainsi, la caution solidaire du cessionnaire d'un office qui a payé au cédant, de ses propres deniers, une portion du prix convenu, peut répéter directement la somme avancée

si la nomination vient à être refusée par le Gouvernement. —Angers, 24 avril 1844, J. G. *Cautionn*, 69.

24. Cependant, une caution a pu, par interprétation du contrat et sans qu'il y ait violation de l'art. 2013, être déclarée obligée personnellement, tandis que le débiteur principal n'était tenu que de l'action hypothécaire.—Req. 27 janv. 1835, J. G. *Cautionn.*, 122.

25. La caution ne peut se soumettre à une clause pénale non imposée au débiteur principal.—J. G. *Cautionn.*, 81.

26. Le principe que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le débiteur principal doit s'entendre par rapport à ce qui est dû et ce qui fait l'objet de l'obligation ; mais quant à la qualité du lien, le fidéjusseur peut être plus étroitement et plus durement obligé. — J. G. *Cautionn.*, 82.

27. Par exemple, la caution peut consentir une hypothèque sur ses biens, quoique le débiteur n'en ait pas consenti sur les siens propres, ou même ne possède pas d'immeubles. —J. G. *Cautionn.*, 83.

28. Toutefois, avant la loi du 22 juill. 1867, abolitive de la contrainte par corps (D. P. 67. 4. 75), il était généralement admis que la caution (sauf la caution judiciaire, art. 2040) ne pouvait pas se soumettre à la contrainte par corps quand le débiteur principal n'y était pas soumis lui-même (Arg. art. 2060).—J. G. *Cautionn.*, 84.

29.—V. Conditions moins onéreuses. — Le cautionnement, qui ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, peut être contracté pour une partie de la dette seulement, ou sous des conditions moins onéreuses.—J. G. *Cautionn.*, 85.

30. Ainsi, la caution peut n'accéder que sous condition à l'obligation pure et simple du débiteur.—J. G. *Cautionn.*, 86.

31. Si le débiteur est obligé sous une condition et la caution sous une autre, il faut, pour que le cautionnement subsiste, que l'une ou l'autre condition s'accomplisse. — J. G. *Cautionn.*, 86.

---

3 *Mourlon*, *Cod. N.*, *n°* 1127-1128. } 1127.—La caution ne peut pas promettre plus que ce qui est dû par le débiteur ni s'engager sous des conditions plus dures : *nec plus in accessione potest esse quâm in principali re.* Mais le lien de l'obligation peut être plus fort chez la caution que chez le débiteur. Cela arrive, par exemple, lorsque la caution a garanti l'obligation d'un mineur : son obligation est valable, tandis que celle du débiteur est rescindable.

Le plus s'estime non-seulement *quantitate*, mais encore *die*, *loco*, *conditione*, *modo*.

Quantitate, par exemple, si la caution a promis de payer 15, quand le débiteur doit 12.

Die, si la caution s'est engagée à payer présentement ce que le débiteur doit à terme.

Loco, lorsqu'elle promet de payer dans un lieu moins commode pour le paiement que celui où le débiteur doit payer.

Conditione, si elle promet purement ou à terme ce que le débiteur doit sous condition suspensive.

Modo, lorsqu'elle a promis conjointement deux choses que le débiteur doit sous une alternative, ou sous une alternative au choix du créancier, ce que le débiteur doit sous une alternative à son choix.

1128.—On discutait autrefois la question de savoir si le cautionnement qui excède l'obligation principale est absolument nul ou seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. Il paraît que les lois romaines décidaient qu'il était nul pour le tout. Pothier veut qu'il soit seulement réductible aux termes de l'obligation principale : car, dit-il, en voulant s'obliger à une somme plus forte, la caution a évidemment voulu s'obliger à la somme que doit le débiteur principal. Le Code a consacré l'opinion de Pothier.

Bien plus, la promesse de la caution, pour tout ce qui excède l'obligation principale, serait valable, comme obligation principale, et à titre de clause pénale, s'il était démontré que telle a été l'intention des parties ; la loi, en effet, ne l'annule qu'en ce sens seulement qu'elle est inconciliable

avec la simple volonté d'être caution. Exemple. Primus vous a promis dix journées de travail ; j'interviens, en ces termes : " Je vous promets que Primus vous fournira les dix journées, et, s'il ne le fait pas, je m'engage à exécuter pour lui les dix journées, et à vous fournir, en outre, à titre de peine, deux autres journées."

1934. On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu.

On peut se rendre caution non seulement du débiteur principal, mais même de celui qui l'a cautionné.

1934. A person may become surety without the request and even without the knowledge of the party for whom he binds himself.

A person may become surety not only of the principal debtor but even of the surety of such debtor.

---

* *C. N.* 2014. } On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu.

On peut aussi se rendre caution, non-seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné.

---

* *C. L.* 3007.—Semblable au *C. N.*

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fide et mand.*, *L.* 30. } Fidejubere pro alio potest quisque, etiam si promissor ignoret. (Gaius.)

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Tout le monde peut cautionner un débiteur, même quand celui-ci l'ignoreroit. (Gaius.)

[ARTICLE 1934.]

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 23, *art.* 8. } L'obligation de la caution, faite au profit du créancier en l'absence et à l'insçu du débiteur, est valable.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2014 *C. N.* } *Même à son insu.* La raison en est qu'on ne s'oblige pas envers lui, mais envers le créancier : il est bien vrai que si la caution a payé ce dernier, elle aura son recours contre le débiteur principal dont elle a acquitté la dette ; mais c'est moins en vertu du contrat que comme ayant géré, en payant, l'affaire d'autrui : elle aura ou l'action du *negotiorum gestor* (art. 1372), ou celle qui résulte de la subrogation légale (art. 2029).

De celui qui l'a cautionné. On nomme *certificateur de caution* celui qui répond de la caution. Il est à son égard comme cette caution est vis-à-vis du débiteur principal.

Voy. *Pothier, Oblig.*, cité sur arts. 1931, 1932, 1935.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 393 *et s.* } 393. On peut se rendre caution pour quelque débiteur que ce soit, même pour une succession vacante, *cùm personæ vicem sustineat ;* (L. 22, ff. *de Fidej.*) et pareillement envers quelque créancier que ce soit de celui pour qui on s'oblige. On peut se rendre pareillement caution même pour les impubères, les fous, les interdits, pour les causes pour lesquelles ces personnes peuvent être, sans aucun fait de leur part, valablement obligées.

Par exemple, si j'ai utilement géré les affaires d'un impubère ou d'un interdit, cet impubère ou cet interdit étant en ce cas obligé envers moi, *ex quasi contractu*, à me rendre les sommes que j'ai déboursées pour ses affaires, et qui ont tourné à son profit, on peut, quant auxdites sommes, se rendre caution envers moi pour lui.

C'est en ce sens que Cujas enseigne qu'on doit entendre la

loi 25, ff. *de Fidejussor.* qui dit : *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur.*

Cette explication fait disparaître la contrariété que Basnage trouve entre cette loi et la loi 6, ff. *de Verb. oblig.* qui dit : *Is qui bonis interdictum est... non potest promittendo obligari, et ideo nec fidejussor pro eo intervenire potest :* car au lieu que, dans l'espèce précédente, l'interdit doit être supposé valablement obligé, au contraire, dans celle-ci, l'interdit n'est pas obligé, étant incapable de contracter : d'où il suit que sa caution ne l'est pas, ne pouvant pas y avoir de cautionnement sans une obligation principale ; *suprà*, n. 366.

Gaïus établit clairement notre distinction en la loi 70, § 4, ff; *de Fidejuss. Si à furioso*, dit-il, *stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est.... Quod si pro furioso jure obligato fidejussorem accperis, tenetur fidejussor.*

Il est évident qu'on ne peut se rendre caution pour soi-même (L. 21, § 2, ff. *eod. tit.*) ni envers soi-même.

394. On ne peut se rendre caution qu'envers le créancier de celui qu'on cautionne : le cautionnement qu'on contracterait envers celui qui n'est pas son créancier, mais qui a seulement pouvoir de recevoir la dette, ne serait pas valable ; L. 23, ff *eod tit.*

---

* 18 *Duranton, Cautionn.,* *n*° 316 *et s.* } 316. Généralement, ainsi que nous l'avons dit, le cautionnement est le résultat d'un mandat donné par le débiteur à la caution, de vouloir bien répondre pour lui, mais on peut toutefois se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu (art. 2014).

On peut même le cautionner malgré sa défense; car, comme je puis très-bien payer votre dette malgré vous, et même malgré votre créancier ; par la même raison, si celui-ci, au lieu de recevoir de moi son paiement, veut bien accepter mon cautionnement, mon obligation est valable à ce titre,

et je serai tenu envers lui comme si je vous avais cautionné de votre aveu, ni plus ni moins.

Dans le cas où le cautionnement a été donné de l'ordre du débiteur, la caution qui a payé a contre celui-ci l'action de mandat, *actio mandati contraria*, sans parler de la subrogation légale aux droits du créancier, en vertu des articles 1251 et 2029.

Lorsqu'elle a cautionné à l'insu du débiteur, elle a contre lui l'action dite en droit *negotiorum gestorum*, pour recouvrer ses déboursés, et aussi la subrogation légale aux droits du créancier, en vertu de ces mêmes articles, qui ne distinguent pas.

Il en est de même du cas où elle a cautionné au su du débiteur, mais sans son ordre : aux termes de l'article 1373, ce n'est, sous le Code, qu'un simple cas de gestion d'affaires, et non de mandat proprement dit. Du reste, si le cautionnement a été donné par le même acte que celui par lequel le débiteur s'est obligé, l'on doit y voir un cautionnement donné en exécution d'un mandat, quand bien même il ne serait pas dit dans l'acte que la caution s'est obligée de l'ordre ou à la prière du débiteur ; cela se présumerait.

317. Enfin, *quid* si c'est malgré la défense expresse du débiteur que la caution s'est obligée ? Justinien, dans la loi dernière au Code, *de Negotiis gestis*, décide que, lorsqu'une personne s'est mêlée des affaires d'une autre malgré sa défense expresse, elle n'a point d'action contre le maître, encore qu'elle ait amélioré sa chose ; que l'action *negotiorum gestorum* cesse dans ce cas. Il a voulu mettre un frein à l'indiscrétion de ceux qui se mêlent des affaires d'autrui, souvent par des motifs peu bienveillans. En thèse générale, sa décision, comme fondée sur des raisons qui ne sont pas sans force, devrait être suivie dans notre Droit, et par conséquent celui qui a cautionné un débiteur malgré lui n'aurait pas l'action de gestion d'affaires contre lui. Mais, d'une part, rien ne peut empêcher que le créancier, en recevant de cette caution son paiement, ne la subroge à ses droits et actions

contre le débiteur, puisqu'il peut, en vertu de l'article 1250, subroger quiconque lui fait le paiement. Eu second lieu, comme cette caution, par l'effet de son cautionnement, était tenue pour un autre, elle se trouve placée dans le cas prévu par la loi pour la subrogation légale (art. 1251, n. 3), peu importe qu'elle ait cautionné malgré le débiteur, car, comme nous venons de le démontrer, elle n'en était pas moins valablement obligée, elle n'était pas moins *tenue pour un autre* : elle a donc la subrogation légale.

On objectera peut-être qu'en raison de cette subrogation, la question de savoir si la caution a ou non personnellement, et de son chef, une action contre le débiteur, est tout-à-fait sans intérêt ; mais nous répondons que, dans quelques cas, au contraire, elle en peut présenter. Supposez, en effet, qu'au moment où la caution voudrait exercer son recours contre le débiteur, l'action du créancier se trouvât prescrite ; il est clair que si la caution n'a pas d'autre action contre lui, elle ne pourra recouvrer le montant de ses déboursés ; au lieu que si elle avait cautionné de l'ordre du débiteur, elle aurait du moins l'action de mandat.

---

* *Bousquet*, *Cautionnem.*, *p.* 332-336. } "Le cautionnement, disait Chabot (de l'Allier), dans son rapport au Tribunat, est un contrat par lequel on s'engage à exécuter l'obligation que d'autres personnes ont souscrite, si les personnes obligées ne l'exécutent pas elles-mêmes.

Ce contrat est d'un usage très fréquent et très utile dans la société.

Les autres obligations conventionnelles ont souvent besoin de son intervention ; il les facilite et les multiplie en assurant leur exécution.

On appelle *caution* ou *fidéjusseur* la personne qui cautionne le débiteur.

Le cautionnement est conventionnel, légal ou judiciaire.

Le cautionnement *conventionnel* est celui qui a lieu par la volonté des contractants.

[ARTICLE 1934.]

Le cautionnement *légal* est celui qui est imposé par la loi à certaines personnes, comme, par exemple, à l'usufruitier (art. 601), à l'usager (art. 626), etc., et à certains fonctionnaires, officiers publics, tels que notaires, comptables, etc.

Le cautionnement *judiciaire* est celui qui est ordonné en vertu d'un jugement.

Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, (art. 2011.)

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

On peut néanmoins cautionner une obligation encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité, (art. 2012.)

Comme le cautionnement, qui n'est qu'un accessoire de l'obligation principale, a pour but d'assurer l'exécution de cette obligation, il est évident qu'il ne peut exister que sur une obligation valable ; si elle ne l'est pas, le cautionnement est sans effet, car il suit le sort de l'obligation principale. Ainsi, les obligations contraires aux bonnes mœurs ne peuvent être cautionnées, parce qu'elles sont infectées de nullité; il en est de même de celles contractées par erreur, par violence ou par dol qui donnent lieu à l'action en nullité ou en rescision.

Mais il en est tout autrement, c'est-à-dire que le cautionnement est *valable*, lorsqu'il porte sur une obligation qui ne peut être annulée que par une exception purement personnelle à l'obligé. Ainsi, un mineur, une femme mariée non autorisée, contractent une obligation ; ils peuvent se prévaloir de leur incapacité ; le mineur peut se faire restituer pour cause de simple lésion, et la femme opposer le défaut d'autorisation ; mais l'individu qui s'est porté caution pour eux ne peut profiter de cette exception qui leur est purement personnelle, car il a dû prévoir les résultats, et dès lors il est censé s'y être volontairement exposé.

M. Duranton pense qu'il faut en dire autant, même du cautionnement de l'obligation d'un interdit, nonobstant la disposition de l'art. 502, combinée avec celle de l'art. 2012. En effet, dit cet auteur, l'obligation n'est nulle de droit qu'en ce sens que pour en faire prononcer l'annulation, l'interdit n'a pas besoin d'autre chose, si ce n'est de justifier que cette obligation a été consentie depuis l'interdiction, et d'agir à cet effet dans le délai de droit (c'est-à-dire dans dix ans à compter du jour où l'interdiction est levée (art. 1304), sans être obligé pour cela d'établir aucune lésion. Mais elle est si peu nulle de droit, dans un sens absolu, que l'interdit seul et ses héritiers peuvent en demander la nullité, et non ceux avec lesquels il a traité (art. 1125), et pour cela il doit agir dans le délai fixé par l'art. 1304. Si l'obligation était nulle de droit, comme une obligation sans cause ou sur une cause illicite, les deux parties pourraient également invoquer la nullité, et il ne serait pas nécessaire d'agir dans les dix ans pour en faire prononcer l'annulation. L'obligation de l'interdit n'étant donc susceptible d'être annulée que sur le fondement d'une exception purement personnelle à l'interdit, peut être valablement cautionnée.

C'était aussi la décision de Domat, qui donnait en outre cette raison, qu'il est à croire que celui qui a traité avec un interdit, ne l'a fait qu'en considération du cautionnement du tiers, etc.

Toutefois, si celui qui a cautionné l'interdit ignorait l'interdiction, et que le créancier la connût et ne l'en eût point averti, la caution pourrait se faire de cette circonstance une exception de mauvaise foi pour repousser l'action dirigée contre elle, (tome XVIII, nº 306.)

Dans les cas ci-dessus l'engagement de la caution est obligatoire; et celle-ci, après avoir payé, n'a recours contre le mineur, la femme ou l'interdit, que jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité de l'engagement principal, et à la charge par elle d'en faire la preuve par argument de l'art. 1312, (*Id.* nº 307.)

[ARTICLE 1934.]

La vente d'un fonds dotal peut être valablement cautionnée, même par les enfants de la femme ; la nullité de la vente étant purement relative, est susceptible d'un cautionnement valable, (Cour de cass., 3 août 1825.)

La nullité de la vente consentie par un mineur, sans formalités, n'entraîne pas la nullité du cautionnement d'un tiers. — Le tiers est tenu à garantie. (Cour de Cass., 30 novembre 1812.)

Un cautionnement n'est pas nul, parce qu'il est contracté sur des obligations futures ou éventuelles ; il suffit pour sa validité que l'obligation soit valable. (Paris, 13 mars 1816.)

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. (Article 2013.)

Le cautionnement n'étant qu'un accessoire de l'obligation principale, il ne peut donc être ni plus étendu, ni plus onéreux que cette obligation. Il est évident que tout ce qui excèderait l'obligation cautionnée, ne serait plus un cautionnement. (Chabot (de l'Allier), rapport au Tribunat.)

Chez les Romains le cautionnement était entièrement nul, lorsqu'il excédait l'obligation principale. *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari ; in leviorem planè causam accipi possunt.*

... *Non obligari fidejussorem Julianus ait quia durior ejus fit conditio.* (Digest., lib. 46, de fidejuss. leg. 8, § 7 et 8.)

Il est bien plus équitable, et plus conforme à l'intention des parties, disait le tribun Chabot, de réduire le cautionnement à la mesure de l'obligation.

M. Duranton pense (tome XVIII, n° 311, p. 317), que la cau-

tion peut être soumise à la contrainte par corps, quoique le débiteur n'y soit pas soumis ; que le créancier peut l'exiger, parce que rien n'empêche que la caution ne soit liée plus étroitement que le débiteur.

Mais je ne puis admettre cette opinion, qui me paraît tout-à-fait contraire à l'esprit et au texte de la loi.

Lors de la discussion de notre article, au conseil d'Etat (*séance du* 16 *frimaire an* XII), Jollivet pensait "qu'il serait cependant possible de stipuler la contrainte par corps contre la caution, quoiqu'elle n'eût pas été stipulée contre le débiteur."

Malleville, Bigot-Préameneu, Treilhard et Muraire répondirent "que le cautionnement n'était qu'un accessoire de l'obligation principale, que la condition de la caution ne pouvait donc être plus dure que celle du débiteur."

Et l'art. 2013 fut adopté et entendu dans ce sens.

Ainsi, par exemple, l'on n'a point formellement stipulé dans l'acte de bail, la contrainte par corps contre le fermier, pour le paiement des fermages (art. 2062) ; la caution de ce fermier, quoiqu'on ait stipulé contre elle la contrainte par corps, n'y est pas soumise, parce que le cautionnement ne peut être contracté *sous des conditions plus onéreuses que ce qui est dû par le débiteur*.

Peut-on en dire autant, quand il s'agit d'une hypothèque concédée par la caution ? Je ne le pense pas, et sur ce point je partage l'avis de M. Duranton, dont voici les propres expressions :

"La caution peut aussi fournir un gage ou une hypothèque, tandis que le débiteur n'en fournirait pas. Cela, en effet, n'augmente pas l'étendue de son obligation, qui reste toujours mesurée à celle du débiteur. Ce ne sont pas là *des conditions plus onéreuses*, dans le sens de notre art. 2013, ce sont simplement *des sûretés*."

On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige et même à son insu.

[ARTICLE 1934.]

On peut aussi se rendre caution non-seulement du bailleur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné. (Art. 2014.)

Lorsqu'une personne, qui s'est rendue caution en vertu d'un ordre, d'un mandat du débiteur, paie le créancier, elle a contre le débiteur l'action qu'on appelait dans le droit romain *actio mandati contraria* (art. 1999 et suiv.), et de plus elle est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. (Art. 1251 et 2029.)

Si l'on se rend caution d'une personne, même à son insu, on a contre elle l'action *negotiorum* (art. 1372), ou bien l'action qui découle de la subrogation dont nous venons de parler; on peut exercer l'une ou l'autre action, à son choix.

Je ne dirai qu'un mot du cas que traite Justinien, dans la loi 24 au Code, liv. 2, tit. 19, *de Negociis gestis*, si on cautionne une personne malgré elle: *si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuit;* un pareil cas est possible, mais à coup sûr il sera rare; et si par hasard il se présentait, les tribunaux ne manqueraient pas de décider que cette caution, lorsqu'elle a payé, se trouve subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. (Art. 2029.)

Le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès, et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. (Art. 2015.)

Ainsi, une recommandation n'est pas un cautionnement; écrire à une personne que telle autre est solvable et mérite d'être obligée, ce n'est pas là s'obliger comme caution. Mais il en serait autrement s'il y avait fraude; comme, par exemple, lorsqu'on recommande, comme solvable, une personne qu'on sait ne pas l'être.

Comme la caution peut opposer telles restrictions qu'il lui plaît à son engagement, cet engagement doit être exécuté tel qu'il a été stipulé, et être renfermé dans les limites qui ont été posées.

Ainsi, je cautionne Pierre pour une *somme de mille francs*, il n'est pas question d'intérêts; Pierre ne paie point; je suis

obligé de rembourser les mille francs, et non les intérêts de cette somme, quoiqu'il en eût été stipulé dans l'obligation entre Pierre et son créancier.

De ce que le cautionnement et la solidarité ne se présument pas, il ne s'en suit pas qu'on ne puisse les établir que par un écrit. Leur existence peut être prouvée même par témoins, lorsque l'obligation principale à laquelle ils se rapportent, peut elle-même être établie par ce genre de preuve. Ainsi, par exemple, le cautionnement solitaire ayant pour objet un engagement commercial, peut être établi par témoins. (Cour de Cass., 26 mai 1829.)

Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. (Art. 2016.)

Lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé s'être engagé à l'exécution de toutes les obligations auxquelles peut se trouver soumis le débiteur.

Il est tenu, non-seulement du principal de la dette, mais encore des intérêts, des dommages-intérêts et de tous les accessoires, même des frais et poursuites exercées contre le débiteur, à compter de la dénonciation qui lui en a été faite.

Le cautionnement étant indéfini embrasse toutes les obligations qui naissent d'un contrat cautionné.

Ainsi, dans le cas où l'on cautionne l'exécution d'un bail, on cautionne par cela même, dit M. Duranton (n° 321), non-seulement le paiement des fermages et loyers, mais aussi toutes les obligations du fermier ou locataire, résultant de ce bail, mais non toutefois celles résultant de la tacite réconduction.

Le cautionnement s'étend aux frais de la première demande, comme, par exemple, de la sommation de payer, que le créancier a faite au débiteur, mais non aux frais postérieurs à cette première demande qui auraient été faits avant d'avoir dénoncé à la caution, parce que la caution aurait pu éviter

ces frais si elle eût été avertie. Au moyen de cette distinction entre les frais postérieurs à la dénonciation et ceux antérieurs, la caution ne sera jamais punie de l'ignorance où on l'aura laissée. (*Observation du Tribunat* sur notre article.)

Les engagements *des cautions* passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée. (Art. 2017.)

C'est une règle générale, disait Chabot (de l'Allier), dans son rapport, que les héritiers ne sont pas obligés par corps à l'exécution d'aucuns engagements contractés par ceux auxquels ils succèdent.

En effet, cette obligation est personnelle et ne passe point par conséquent aux héritiers.

Le débiteur obligé de fournir une caution, doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour royale où elle doit être donnée. (Art. 2018.)

L'objet du cautionnement est d'assurer l'exécution d'une obligation; il faut donc que celui qui se présente pour caution soit capable de contracter, qu'il ait des hiens dont la discussion ne soit pas trop pénible.

A quoi servirait l'engagement d'un homme qui ne pourrait pas s'engager? Quel fruit tirerait-on d'une caution qu'il faudrait aller chercher et discuter à des distances infinies? La facilité de poursuivre un débiteur fait partie de sa solvabilité, et une discussion qu'il faudrait suivre de loin serait presque toujours plus ruineuse qu'utile. (Treilhard, *Exposé des Motifs.*)

D'après un arrêt de la Cour royale de Paris, à la date du 12 septembre 1839, les arts. 2018 et 2019, qui imposent l'obligation de fournir bonne et valable caution, doivent s'entendre d'une caution personnelle, et non d'une caution hypothécaire.

Tel est aussi l'avis de M. Duranton. D'après cet auteur,

le débiteur doit présenter une caution solvable, dont la solvabilité repose en général sur des propriétés foncières ; mais il n'est pas tenu d'en présenter une qui veuille bien soumettre ses immeubles à une hypothèque pour sûreté de la créance, à moins d'une disposition spéciale dans le jugement qui ordonnerait de la fournir, ou d'une convention particulière dans la promesse. Si cette caution devient insolvable en grevant ses immeubles, il doit en être donné une autre. (*Voy.* l'art. 2020.)

La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique.

On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. (Art. 2019.)

La caution doit être solvable, non d'une solvabilité fugitive, telle que celle qu'offrirait une fortune mobilière, ni d'une solvabilité incertaine, telle que celle qui ne serait fondée que sur des biens litigieux, mais d'une solvabilité constante et assurée par des propriétés foncières et libres. (Treilkard, *eod.*)

En matière commerciale, il n'en est pas de même, parce que la fortune des négociants ne repose bien souvent que sur des effets mobiliers, sur des valeurs ou des marchandises.

Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.

Cette règle reçoit exception, dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. (Art. 2020.)

Cet article est une innovation aux dispositions du droit romain, suivant lequel, lorsque la caution acceptée par le créancier était devenue insolvable, le débiteur n'était pas tenu d'en donner une autre.

[ARTICLE 1934.]

Mais cette innovation, comme le disait le tribun Lahary, est fondée en justice et en raison, puisque le créancier n'a contracté que sous la garantie du cautionnement. Il n'en est pas de même lorsque le créancier a fait une loi au débiteur de lui donner pour caution une personne de son choix; il est dès lors censé s'en être contenté et n'en avoir pas voulu d'autre. Or, il est tout aussi juste en ce cas que l'insolvabilité survenue retombe à sa charge. — Dans ce cas, comme le faisait remarquer Chabot (de l'Allier), la caution étant déterminée, la garantie du débiteur est déterminée elle-même; au lieu qu'en stipulant une caution indéterminée, on entend stipuler une garantie qui soit suffisante pendant toute la durée de l'obligation.

Lahaie, sur art. 2014 *C. N.* } *Pothier*, Traité des obligations, n. 404.— Il n'importe que le cautionnement se contracte en même temps que l'obligation principale, ou en différents temps, avant ou depuis.

Lahary, discours au Corps législatif, 14 février 1804. — Le cautionnement étant un contrat de bienfaisance, il doit être permis de se rendre caution sans ordre, et même à l'insu de celui pour qui l'on s'oblige; car, d'un côté, il n'est pas présumable qu'il puisse refuser l'avantage gratuit qu'on veut lui procurer; et de l'autre, il ne peut empêcher que le créancier ne prenne ses sûretés, indépendamment de son consentement, quand il ne les lui a pas données lui-même.

Pandectes françaises.—On opposerait mal à propos la maxime qu'on ne peut pas gratifier quelqu'un s'il n'y consent; car, dans ce cas, il ne s'agit pas uniquement de l'intérêt du débiteur. L'action de la caution qui a payé la dette à l'insu du débiteur est celle de la gestion d'affaire. Mais la caution qui s'est engagée malgré l'obligé principal, n'a point de recours contre lui.

Delvincourt.—La caution de la caution se nomme *certificateur de caution.*

Favard, cautionnement, sec. 1, § 1, n. 1.—Cet acte n'a point le caractère général des stipulations, *duorum vel plurium in idem placitum consensus ;* car alors il exigerait la présence de trois personnes, le créancier, le débiteur direct, et celui qui se rend éventuellement débiteur...... La raison en est qu'on ne s'oblige pas envers lui (envers le débiteur direct.) Il est vrai qu'il peut rester obligé, au cas où la caution aura payé pour lui. Mais ce ne sera pas en vertu du fait même du paiement. La caution sera le *negotiorum gestor* qui aura la répétition de ce qu'elle aura fait dans l'intérêt et à la décharge d'autrui.

On peut douter si le cautionnement peut valablement exister avant l'obligation principale, car, comment garantir un engagement qui n'est pas formé ? Mais, d'un autre côté, cette garantie sera la raison qui fera contracter : on peut donc la donner par avance, et pourvu que les conditions arrêtées soient conformes aux propositions de la caution ; elle se trouvera engagée : elle ne le sera, au surplus, qu'au moment et à l'effet du contrat, en sorte que l'engagement accessoire n'aura pas devancé, quant au lien de droit, celui du débiteur principal.

Merlin, R., v. caution, § 2, n. 3.—On peut se rendre caution de tous ceux qui peuvent valablement s'obliger, et même des absents qui sont déjà obligés.

A l'égard de ceux qui ne sont maîtres ni de leurs personnes, ni de leurs biens, on peut aussi les cautionner valablement dans les choses pour lesquelles ils peuvent valablement être recherchés. C'est pourquoi, si je me suis rendu caution pour des fournitures nécessaires faites à un mineur, à une femme mariée, etc., mon cautionnement est valable à cet égard.

Duranton, t. 18, n. 316.—Dans le cas où le cautionnement a été donné de l'ordre du débiteur, la caution qui a payé a contre celui-ci l'action de mandat et la subrogation légale aux droits du créancier.

Boileux.—Il y a cette différence entre le fidéjusseur et le

certificateur, que le premier répond directement de la dette, au lieu que l'autre ne fait que certifier la solvabilité du répondant.

1935. Le cautionnement ne se présume pas ; il doit être exprès, et ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

1935. Suretyship is not presumed ; it must be expressed, and cannot be extended beyond the limits within which it is contracted.

---

* *C. N.* 2015. } Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

---

* *C. L.* 3008. } Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et doit être restreint dans les limites dans lesquelles il a été contracté.

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.* 41, *De fid. et mand.*, *L.* 6. } Si pater tuus pro Cornelio, cùm pecuniam mutuam acciperet, se non obligavit frustrà ex eo quod tabulas obligationis ut testis signavit, conveniris.

Proposit, 11 calend. julii, Messala et Sabino Coss. 215. (Imp. Antoninus.)

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Si votre père ne s'est point obligé pour sûreté de l'argent qui a été prêté à Cornélius, c'est illégitimement qu'on vous poursuit, par cela seul qu'il a signé comme témoin le titre de l'obligation.

Fait sous le même cons. que ci-dessus. 215. (Emp. Antonin.)

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 400 *et s.* } 400. Par le droit romain, le cautionnement ne se contractait que par la stipulation. La stipulation n'est point en usage pami nous. Le cautionnement peut se faire par une convention simple, soit par acte devant notaires, soit sous signature privée, soit même verbalement ; sauf que, si l'objet est de plus de cent livres, la preuve par témoins de la convention verbale n'est pas admise.

401. Quoique le cautionnement se puisse faire par une lettre missive ou même verbalement, il faut néanmoins avoir grande attention de ne pas prendre pour cautionnement ce que dit ou écrit une personne, à moins qu'il n'y ait une intention bien marquée de cautionner. C'est pourquoi, si je vous ai dit ou écrit par une lettre " qu'un homme qui vous demandait de l'argent à emprunter était solvable," on ne peut pas prendre cela pour un cautionnement ; car j'ai pu en cela n'avoir d'autre intention que de vous certifier ce que je croyais, et non pas de m'obliger.

Suivant ces principes, il a été jugé par un arrêt rapporté par Papon, X, 4, 12, que ces termes d'une lettre écrite à un maître de pension : *Un tel doit mettre son fils en pension chez vous ; c'est un homme de probité, qui vous paiera bien*, ne renfermaient aucune obligation. Suivant le même principe, si j'accompagne une personne chez un marchand pour acheter des étoffes, le marchand n'en doit pas conclure que j'ai cautionné cette personne.

Quoiqu'une personne soit entrée en paiement pour une autre, même pour son fils, en payant pour lui une partie de sa dette, on n'en peut pas conclure qu'elle a voulu le cautionner pour le surplus de la dette ; L. 4, Cod. *Ne uxor pro marito, etc.*

S'il était porté par une obligation " qu'elle a été passée en ma présence, et que je l'eusse souscrite," on ne pourrait pas en conclure que je me suis rendu caution ; je doit être censé en ce cas n'avoir signé que comme témoin ; L. 6, Cod. *de Fidej.*

[ARTICLE 1935.]

402. Lorsque le débiteur est obligé de donner caution, soit par la convention, soit par la loi, le créancier peut exiger que la caution s'oblige par acte devant notaire.

Les cautions judiciaires s'obligent au greffe de la justice, par un acte que reçoit le greffier.

403. Il n'importe que le cautionnement se contracte en même temps que l'obligation principale, ou en différents temps, avant ou depuis.

Il n'est pas nécessaire que celui que l'on cautionne y consente ; L. 30, ff. *eod. tit.*

404. Pour juger de l'étendue de l'obligation de la caution, il faut bien faire attention aux termes du cautionnement.

Lorsque la caution a exprimé pour quelle somme, pour quelle cause elle se rendait caution, son obligation ne s'étend qu'à la somme ou à la cause qu'elle a exprimée. Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi de mon fermier *pour le paiement de ses fermes*, il ne sera pas tenu des autres obligations du bail, telles que celles qui résultent des dégradations qu'aurait faites le fermier, du remboursement des avances qui lui auraient été faites, etc.

Si quelqu'un s'est rendu caution *pour la somme principale* que devait le principal obligé, il ne sera pas tenu des intérêts que cette somme produit ; L. 68, § 1, ff. *eod. tit.*

Au contraire, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé s'être obligé à toutes les obligations du principal débiteur, résultant du contrat auquel il a accédé : il est censé l'avoir cautionné *in omnem causam.*

Par exemple, si le cautionnement par lequel quelqu'un s'est rendu envers moi caution pour mon fermier, porte en termes généraux " qu'il s'est rendu caution du bail," il sera tenu non-seulement du paiement des fermes, mais généralement de toutes les obligations du bail ; comme, par exemple, des dégradations, de la restitution des avances, ou des meubles qui ont été laissés au fermier pour l'exploita-

tion de la ferme, *dotes prædiorum* (L. 52, § 2, ff. *eod. tit.*) ; des dommages et intérêts pour les anticipations que le fermier aurait laissé faire, etc.

Celui qui se rend caution en termes généraux, est aussi tenu non-seulement du sort principal dû par celui pour qui il s'est obligé, mais encore de tous les intérêts qui en seraient dus ; L. 2, § 11 et 12, ff. *de Adm. rer. ad. civit. pertin.* L. 54, ff. *Locat.*

Il est tenu non-seulement de ceux qui sont dus *ex reì naturâ*, mais même de ceux que produit la demeure en laquelle est le principal débiteur. *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis se obligavit, eum quoque exemplo coloni, tardiùs illatarum per moram coloni pensionum præstare debere usuras ; eâd.* L. 54.

Il doit aussi être tenu des frais faits contre le principal obligé ; car ces frais font un accessoire de la dette ; mais il n'en doit être tenu que du jour que les poursuites lui ont été dénoncées : ce qui a été établi pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais, qu'on ferait souvent à son insu, et qu'elle peut éviter en payant, lorsqu'elle en est avertie. C'est pourquoi, jusqu'à ce que les poursuites lui soient dénoncées, elle ne doit être tenue que du premier commandement ou du premier exploit de demande.

405. Quelque étendu et général que soit le cautionnement, il ne s'étend qu'aux obligations qui naissent du contrat même pour lequel la caution s'est obligée, et non pas à celles qui naîtraient d'une cause étrangère.

En voici un exemple : Un créancier dans nos colonies a prêté de l'argent à quelqu'un, et pour plus grande sûreté le débiteur lui a donné en nantissement un nègre qu'il savait être voleur, sans en avertir le créancier. Le nègre a volé le créancier à qui il a été donné en nantissement. Le créancier peut agir en dommages et intérêts *contrariâ pignoratitiâ actione*, contre le débiteur qui ne l'a point averti ; mais le cautionnement ne s'étendra pas à ces dommages et intérêts qui naissent d'une cause étrangère au prêt pour lequel on

a cautionné le débiteur : *Ea actio fidejussorum onerare non poterit, cùm non pro pignore, sed pro pecuniâ mutuâ fidem suam obliget ;* L. 54, ff. *de Fidejuss.*

Par la même raison, celui qui s'est rendu caution pour un administrateur des revenus publics, n'est obligé qu'à la restitution des deniers publics, et non point aux amendes auxquelles cet administrateur aurait été condamné pour des malversations dans son administration. C'est ce qui a été décidé par l'empereur Sévère : *Fidejussores magistratuum in pœnam vel mulctam non conveniri debere decrevit ;* L. 68, ff. *eod. tit.*

En général, en quelque cas que ce soit, le cautionnement ne s'étend pas aux peines auxquelles le débiteur a été condamné *officio judicis, propter suam contumaciam ;* car c'est une cause étrangère au contrat. *Non debet imputari fidejussoribus, quod ille reus propter suam pœnam præstitit ;* L. 73, ff. *Eod. tit.*

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2015 *C. N.* } *Doit être exprès.* Ainsi, écrire à quelqu'un que tel homme est solvable, n'emporte point obligation de le cautionner, pourvu toutefois qu'il n'y eût pas fraude de la part de celui qui donne ce conseil : *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio.* (Modèle d'acte de cautionnement, *form.* nº 47.)

Voy. *Bousquet*, cité sur art. 1934.

---

* 18 *Duranton, Cautionn., nº* 318 *et s.* } 318. Le cautionnement ne se présume point : il doit être exprès, et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté (art. 2015).

Le cautionnement ne se présumant pas, il faut tirer de là la conséquence, que si j'écris simplement à quelqu'un qu'il peut prêter à M. un tel la somme dont il a besoin, que c'est

un honnête homme, qui mérite qu'on lui rende service, je ne suis pas pour cela censé avoir voulu me rendre caution du prêt, mais seulement avoir voulu faire une recommandation. Toutefois, comme nous l'avons dit *suprà*, en traitant du *mandat*, n. 2002 et 2003, la solution de la question dépendrait beaucoup des termes de la lettre, et des circonstances particulières de l'affaire.

319. Il suit aussi de notre principe que, si une femme mariée emprunte une somme, et que son mari intervienne à l'acte pour l'autoriser, celui-ci ne doit pas être regardé comme caution, sans une déclaration expresse de sa part ; sauf, si les époux étaient mariés en communauté, l'application de l'article 1419, suivant lequel les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari. Mais, dans ce cas, le mari n'est point obligé comme caution, il l'est *principaliter*.

320. Et comme le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, il suit de là que si j'ai cautionné un fermier *pour le paiement de ses fermages*, sans autre explication, je ne suis pas garant des indemnités qu'il pourrait se trouver devoir au bailleur pour dégradations, pour défaut de réparations locatives, ou pour l'incendie dont il serait responsable ; et s'il y avait eu tacite réconduction, mon cautionnement ne s'étendrait point aux obligations qui en résulteraient (art. 1740).

Par application du même principe, si je cautionne Paul au sujet d'un prêt que lui fait Pierre, en déclarant que je m'oblige à rembourser la somme prêtée, au cas où Pierre ne la rembourserait pas, je ne suis point garant des intérêts que Paul aurait promis, quoiqu'il les eût promis par le même acte ; car mon cautionnement, en s'attachant aux termes dans lesquels il est conçu, ne s'applique qu'à la somme prêtée,

et non aux intérêts convenus entre le prêteur et l'emprunteur.

Lahaie, sur art. 2015, C. N. } *Pothier*, Traité des obligations, n. 402.— Quoique le cautionnement se puisse faire par une lettre missive ou même verbalement, il faut néanmoins avoir grande attention de ne pas prendre pour un cautionnement ce que dit ou écrit une personne, à moins qu'il n'y ait une *intention bien marquée de cautionner*. C'est pourquoi, si je vous ai dit ou écrit par une lettre qu'un homme qui vous demandait de l'argent à emprunter était *solvable*, on ne peut pas prendre cela pour un cautionnement, car j'ai pu en cela n'avoir d'autre intention que de vous certifier ce que je croyais, et non pas m'*obliger*. Chabot, rapport au Corps législatif : Merlin, R., v. caution, § 3 ; Favard, v. cautionnement, sec. 1, § 1, n. 7 ; Rolland de Villargues, v. cautionnement, n. 69 ; Duranton, t. 18, n. 318, même doctrine.

Pandectes françaises.—Ainsi, de ce que je vous aurai engagé à prêter à quelqu'un, de ce que je vous aurai rendu bon témoignage de ses mœurs et de sa solvabilité, il ne s'en suivra pas que j'ai voulu le cautionner. Le simple conseil, *donné de bonne foi*, n'engage son auteur en rien.

Le cautionnement est un contrat de droit étroit : on ne peut imposer à la caution que la charge qu'elle a voulu prendre sur elle.

Delvincourt, t. 2, not. 3 et 4, p. 212.—Le cautionnement donné pour l'exécution d'un bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la tacite réconduction ; le cautionnement donné pour le principal seulement ne s'étend pas aux intérêts. Mais si le débiteur paie un à-compte, on l'imputera d'abord sur les intérêts ; et si, ensuite, les fonds manquent sur le capital, la caution en sera tenue.—Lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, la caution est tenue du principal et des intérêts, même des moratoires.

A. Dalloz, cautionnement, n. 19.—Si une femme mariée

fait un emprunt, son mari n'est pas obligé comme caution, par cela seul qu'il interviendrait dans l'acte pour l'autoriser.

N. 53. — Le cautionnement ne devant pas être étendu au-delà de ses limites, il suit que si j'ai cautionné un fermier pour le paiement de ses fermages, je ne suis pas garant des indemnités qu'il pourra devoir à son propriétaire pour toute autre cause que le non paiement des fermages, (Duranton, t. 18, n. 320.)

1936. Le cautionnement indéfini d'une obligation principale, s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

1936. Indefinite suretyship extends to all the accessories of the principal obligation, even to the costs of the principal action, and to all costs subsequent to notice of such action given to the surety.

---

* *C. N.* 2016. } Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

---

* *C. L.* 3009. } Le cautionnement général et indéfini s'étend à tous les accessoires de la dette principale, même aux frais.

---

* *ff Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fid. et mand.*, *LL.* 52, 58 *in pr.* } *L.* 52, § 2. Fidejussores à colonis datos, etiam ob pecuniam dotis teneri convenit : cùm ea quoque species locationis vinculum ab se trahat. Nec mutat, confestim, ab interjecto tempore fidem suam adstrinxerunt. (Papinianus).

[ARTICLE 1936.]

L. 58. Si à colono stipulatus, fidejussorem accepi, una stipulatio est plurium pensionum : et ideo in universis pensionibus fidejussor tenetur. (PAULUS).

Ibidem.
Trad. de M. Berthelot. } *L.* 52, § 2. Des fermiers ont donné des fidéjusseurs : il convient qu'ils soient obligés aussi pour la valeur de tout ce qui est mis sur les héritages pour les exploiter ; parce que cet accessoire attire aussi à lui l'obligation du louage. Et peu importe qu'ils se soient engagés à l'instant ou dans la suite. (PAPINIEN).

L. 58. Si ayant stipulé d'un fermier, j'ai reçu une caution, la stipulation est une pour tous les paiements ; c'est pourquoi la caution est obligée pour tous les paiements. (PAUL).

Voy. *Bousquet*, sur art. 1934 et *Pothier*, cité sur art. 1935.

---

* *Serres, Int. au Dr. frs.,*
p. 485, *Liv.* 3, *Tit.* 21. } Quoique la caution ne puisse être obligée à plus que le débiteur principal, parce que son engagement n'est que l'accessoire de l'obligation principale, elle peut néanmoins s'obliger pour une moindre somme, comme il est dit dans ce paragraphe.

Au surplus, la caution qui s'est obligée pour une somme principale, sans parler des intérêts, ne l'est pas, dans les régles, des intérêts de ladite somme, soit qu'elle portât intérêt de sa nature, ou non, *Leg.* 68. *ff. de fidejussoribus*, *Leg.* 10. *cod. eodem*, et ne l'est tout au plus que pour les intérêts qui ont couru depuis l'instance formée contre le débiteur ou contr'elle : c'est ce que *Boutaric* semble n'avoir pas bien expliqué ; la caution n'est pas même tenue des dépens qui auroient été fait contre le débiteur lui seul, d'autant mieux que les dépens sont personnels.

---

* 1 *Rogron, sur*
art. 2016 *C. N.* } *A tous les accessoires.* La caution est censée s'être obligée à toutes les obligations résultant du contrat auquel elle a accédé, *in omnem causam.*

Aux frais de la première demande. Si le créancier est obligé, pour se faire payer, de sommer son débiteur, et que celui-ci ne satisfasse pas à son obligation, il pourra, en recourant contre la caution, lui faire payer les frais de la sommation, car ces frais sont un accessoire de la dette.

Postérieurs à la dénonciation. On exige que le créancier qui dirige des poursuites contre son débiteur en avertisse la caution pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais qu'elle peut éviter en payant lorsqu'elle est avertie.

---

* 3 *Merlin, v° Caution,* § 1, *n°* 3. } Lorsqu'on se rend Caution pour quelqu'un, l'engagement ne va pas au-delà de la somme ou de la cause exprimée ; de sorte que, si la somme produit des intérêts, la Caution ne sera point responsable de ces intérêts, à moins que le Cautionnement ne soit général. On n'est point responsable non plus des dommages-intérêts qui peuvent naître d'une cause étrangère au Cautionnement. Si, par exemple, on a répondu d'un administrateur de revenus publics, et que cet administrateur prévarique dans sa gestion, on sera bien tenu du remboursement des deniers détournés ; mais on ne le sera pas des amendes qui pourront en être la suite.

[L'art. 2016 du Code civil porte que " le Cautionnement " indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les *acces-* " *soires* de la dette, même aux frais de la première demande, " et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est " faite à la Caution."

Doit-on considérer comme *accessoire* de la dette, le droit d'enregistrement auquel donne lieu l'obligation qui la constitue ? Le doit-on surtout lorsque la dette est contractée envers le trésor public, et que c'est au trésor public que le Cautionnement est fourni ?

La régie de l'enregistrement et des domaines avait adjugé au sieur Sabonardière les salins de Pecquais ; et après avoir réglé, par les 13 premiers articles du bail, les obligations de

l'adjudicataire, elle l'avait chargé, par l'art. 14, de fournir un Cautionnement. Ensuite, par un 15e article, elle avait stipulé que l'adjudicataire serait tenu de payer les droits d'enregistrement et de timbre résultans de son adjudication et du rapport d'experts, l'acte du Cautionnement et le coût des expéditions ; et que tous ces objets seraient *à sa charge personnelle.*

Le sieur de Sabonardière fournit pour Cautions les sieurs Archinard, et acquitta le droit d'enregistrement, suivant la liquidation qui en fut faite par le préposé de la régie. Quelque temps après, la régie reconnut que son préposé n'avait pas perçu le montant entier du droit ; et le 8 prairial an 9, elle décerna, pour le supplément, une contrainte à la charge du sieur Sabonardière et des sieurs Archinard.

Les sieurs Archinard y formèrent opposition, sur le fondement qu'ils ne s'étaient pas rendus Cautions du droit d'enregistrement.

Le 1er messidor an 12, jugement en dernier ressort du tribunal civil de l'arrondissement de Nîmes, qui les déboute de leur opposition, et les condamne à payer la somme portée dans la contrainte.

Recours en cassation, et le 6 octobre 1806, arrêt, au rapport de M. Gandon, par lequel,

“ Vu l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an 7 ;

“ Considérant que les Cautionnemens sont de droit étroit ; que la régie du domaine national n'a stipulé de Cautionnement que pour l'exécution des obligations imposées par elle, comme bailleur, dans les 13 premiers articles du cahier des charges ; qu'après ce Cautionement stipulé par l'art. 14 elle a, dans l'art. 15, exprimé que les frais d'enregistrement du bail et autres demeureraient personnellement à la charge du preneur ; en sorte que les droits d'enregistrement du bail ne sont exigibles par la régie de l'enregistrement envers les Cautions de ce bail, ni aux termes d'une disposition de la loi, ni en conséquence d'une stipulation particulière : d'où il résulte qu'en le soumettant au paiement de ses droits le tri-

bunal de Nîmes a fait une fausse application de la loi du 22 frimaire an 7, fausse application qui, en matière d'impôts, est une contravention même à la loi;

" La cour casse et annulle...]

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2016 *C. N.* } Les lois 68, ff. *hic*, et 10, *Cod. eod.*, disaient que la caution qui s'est obligée pour la somme principale, sans parler des intérêts, n'était pas obligée au paiement de ces intérêts; Serres ajoute qu'elle le serait tout au plus pour les intérêts courus depuis la demande formée contre elle ou contre le débiteur principal. Cette décision ne peut plus être suivie d'après notre article, excepté que la caution ne dît formellement qu'elle ne s'engageait que pour le capital.

Quant aux frais, on a suivi la disposition de l'ordonnance de 1667, *titre des garans.*

---

* *Ord. de* 1667, *Tit.* 8, *Des garants, art.* 14, *au* 1er *vol. Ed. et Ord. p.* 123. } Les garans qui succomberont, seront condamnés aux dépens de la cause principale du jour de la sommation seulement, et non de ceux faits auparavant, sinon de l'exploit de demande originaire.

---

3 *Mourlon, Cod. Nap., n*° 1129, 1130, 1131. } 1129.—Le cautionnement peut être moins étendu que la dette principale. Ainsi, la caution peut ne promettre qu'une partie de la dette, s'engager sous condition, quoique la dette soit pure et simple, stipuler un terme plus long que celui qui appartient au débiteur, ou un lieu plus commode pour le paiement que celui où le débiteur a promis de payer. Tout dépend de la convention.

—Lorsque le cautionnement est ainsi limité, on ne peut l'étendre au-delà des termes dans lesquels il a été contracté: par exemple, s'il n'a été expressément parlé que du *capital*,

la caution ne répond pas des *intérêts*. En un mot, quoique le cautionnement ne soit pas, comme à Rome, soumis à des formes solennelles, il doit au moins être exprès. Il ne se présume pas, et on ne peut l'induire d'aucune circonstance, si évidente qu'elle soit : car, au fond, il renferme, au moins pour le débiteur, un acte de bienfaisance, et les libéralités ne se présument pas.

Aussi décide-t-on que l'invitation de prêter une somme d'argent à un tiers, qu'on présente comme solvable, ne constitue point un cautionnement (voy. le nº 1089.)

Cependant, si le cautionnement est pur et simple, sans limites, c'est-à-dire si la caution a déclaré *cautionner la dette*, elle est présumée la garantir telle qu'elle se comporte, avec tous ses accessoires et ses suites naturelles, tant pour les intérêts que pour le capital, avec son terme et les autres conditions qui peuvent la modifier. Elle serait même tenue, dans ce cas, des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, et aussi des frais que le créancier aurait été obligé de faire pour obtenir son paiement : ce sont là, en effet, des suites naturelles et directes de l'obligation dont elle a garanti la fidèle exécution. Toutefois, elle ne répondrait point des frais résultant des poursuites postérieures à la demande dirigée contre le débiteur, si le créancier avait négligé de la lui dénoncer. Elle lui dirait : " Si j'eusse été avertie de cette demande, je vous aurais payé, et par là j'aurais évité les frais que vous me réclamez ; ce n'est pas à moi de supporter la conséquence de votre négligence."

1130.— " Si la caution promet une chose autre que celle qui est due, par exemple, tant de mesures de blé qu'elle s'engage à payer si le débiteur ne paie pas la somme d'argent dont il est tenu, sa promesse ne renferme pas un cautionnement, mais une obligation principale sous condition suspensive."

1131.—On peut cautionner non-seulement une dette déjà née, mais encore une dette à naître. Cela arrive, par exemple, lorsque la personne qui consent à s'engager comme

caution doit être absente au moment où se fera le prêt d'argent qui doit donner naissance à l'obligation : le cautionnement est alors conditionnel, et ne se forme réellement qu'au moment où la dette prend naissance.

---

18 *Duranton*, *Caut.*, *n.* 321. } Mais le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. (art. 2016).

Et en effet, la caution, dans ce cas, cautionnant l'obligation sans rien spécifier, et sans limitation ni restriction, elle a évidemment entendu la cautionner dans toute ses conséquences ; d'après cela, dans l'espèce précédente, si elle s'est rendue purement et simplement caution de l'emprunteur, elle est censée avoir cautionner aussi les intérêts convenus dans l'acte de prêt ; et dans le cas où elle a cautionné l'exécution d'un bail, elle a par cela même cautionné, non-seulement le paiement des fermages ou loyers, mais aussi toutes les obligations du fermier ou du locataire, et résultant de ce bail, mais non toutefois celles résultant de la tacite réconduction.

Quant aux frais de la première demande formée contre le débiteur, la caution en est tenue, par la raison que le créancier, s'il n'a pas un titre en forme exécutoire, est réduit à la nécessité de la former pour être payé, s'il ne l'est pas de gré à gré : mais pour les frais postérieurs à cette demande, et antérieurs à la dénonciation à la caution, celle-ci n'en est pas tenue, vu qu'elle aurait peut-être payé si on lui avait fait la dénonciation, et il n'était pas juste qu'une caution pût être écrasée de frais à son insu.

[ARTICLE 1937.]

1937. Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée.

1937. The obligations of the surety pass to his heirs, except the liability to coercive imprisonment when the obligation of the surety was such that he would have been subject to it.

---

* *C. N.* 2017. } Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée.

---

* *C. L.* 3013. } Les engagements des cautions passent à leurs héritiers.

---

* *Inst. Liv.* 3, *Tit.* 21, *De fidej.*, § 2. } Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum. (*Ex* Ulp. *L.* 4, § 1, ff. *h. t.—Vid.* Caium ; 3, *inst.* 120.)

Ibidem. Trad. par A. M. Du Caurroy de la Croix. } Ce n'est pas seulement sa personne que le fidéjusseur oblige, mais il laisse l'obligation à son héritier.

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fid. et mand.*, *L.* 4, § 1 *et L.* 5. } *L.* 4, § 1. Fidejussor et ipse obligatur, et heredem obligatum relinquit, cùm rei locum obtineat. (Ulpianus).

L. 5. Generaliter Julianus ait, eum qui heres extitit ei pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis, et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fidejussor heres extiterit ei pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari. Reum vero reo succedentem

ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri, quæ obligatio quam perimat : at in fidejussore et reo reperitur : quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram perimi. Cùm vero duæ ejusdem sint potestatis, non potest reperiri cur altera potius quàm altera consumeretur. Refert autem hoc ad speciem in qua vult ostendere non esse novum ut duæ obligationes in unius persona concurrant. Est autem species talis : Si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet. Item, si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. Planè si ex altera earum egerit, utramque consumet : videlicet quia natura obligationum duarum quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. (ULPIANUS).

Ibidem. } *L.* 4, § 1. Le fidéjusseur est obligé
Trad. de M. Berthelot. } lui-même et laisse son héritier obligé, parce qu'il fait le rôle de celui qui a fait une affaire. (ULPIEN).

L. 5. Julien dit en général que celui qui est devenu héritier de celui pour lequel il est intervenu, est libéré à raison de cet accessoire, et est seulement obligé comme héritier du débiteur principal. Enfin il a écrit, si le fidéjusseur est devenu l'héritier de celui pour lequel il a répondu, il est obligé comme débiteur principal, mais à raison de la fidéjussion, il est libéré. Mais le débiteur principal succédant à un débiteur principal est obligé des deux obligations ; car on ne peut trouver quelle est celle qui détruiroit l'autre. Car lorsqu'il y a quelque différence entre les obligations, on peut établir pour règle que l'une est détruite par l'autre. Mais lorsqu'elles sont toutes deux de même puissance, on ne peut trouver de raison pourquoi l'une seroit détruite plutôt que l'autre. Il rapporte cette théorie à une espèce dans laquelle il veut montrer qu'il n'est pas nouveau que deux obligations concourent en la même personne. Telle est son espèce : Si un coobligé devient héritier de son coobligé il est soumis à deux obligations. De même si un costipulant est devenu héritier de son

costipulant, il aura à son profit deux obligations distinctes. Il faut remarquer que s'il intente son action en vertu de l'une, il a employé les deux obligations ; c'est parce que la nature des deux obligations qu'il avoit étoit telle que l'une étant présentée en jugement, l'autre a aussi exercé tous ses droits. (ULPIEN).

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.* 4, *De fid. et mand.*, *L.* 24. } Fidejussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur. Sed si idem utrisque succedat : intercessionis obligatione finita, velut principalis tantùm debitoris heres conveniri potest.

Sancit. 11 calend. januarii, cc. Coss. (IMPP. DIOCLETIAN. ET MAXIMIAN.)

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } L'héritier du fidéjusseur est tenu tout comme le débiteur principal ; mais s'il est à la fois héritier du débiteur et du fidéjusseur, la fidéjussion est éteinte, et il ne peut être poursuivi que comme héritier du débiteur.

Fait le 11 des calend. de janvier, sous le cons. des Césars. (EMPP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

---

18 *Duranton. caut.*, *n.* 322. } Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, porte l'article 2017, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée.

L'engagement d'une caution n'ayant rien de particulier qui pût le faire regarder comme étant une de ces obligations exclusivement attachées à la personne du débiteur, on n'aperçoit pas, au premier coup-d'œil, la raison qui a pu porter les rédacteurs du Code à penser qu'il était utile de déclarer expressément qu'il passerait aux héritiers de la caution ; le principe général que nous stipulons ou promettons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes, paraissait en effet devoir rendre superflue cette disposition : il suffisait de déclarer que les héritiers ne seraient point passibles de la

contrainte par corps, dans le cas où la caution y était soumise. Mais ils ont puisé les règles de la matière dans les ouvrages des auteurs, qui eux-mêmes avaient pris leurs décisions dans le Droit romain, et le § 2, Instit. *de Fidejussoribus*, dit pareillement que *fidejussor non tantùm ipse obligatur*, *sed etiam heredem relinquit obligatum* ; or, comme les Institutes de Justinien ont été généralement prises dans celles de Gaïus, où cette disposition existait aussi, on s'explique comment elle se trouve dans le Code civil ; car Gaïus avait cru devoir avertir que l'engagement du fidéjusseur passait à ses héritiers, parce que, dans l'ancien Droit romain, l'obligation de l'espèce de fidéjusseur qu'on appelait *sponsor* ne passait pas aux siens : il était tout personnel.

Voy. *Bousquet*, cité sur art. 1934.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2017 *C. N.* } *Passent à leurs héritiers.* Les héritiers sont saisis des biens, droits et actions du défunt, *sous l'obligation* d'acquitter toutes les charges de la succession.

Tel que la caution y fût obligée. Comme dans la caution judiciaire ; parce que cette obligation étant personnelle, ne peut passer aux héritiers.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2017 *C. N.* } Conforme à la loi 4, ff. *hic.*

1938. Le débiteur obligé à fournir une caution, doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait dans le Bas-Canada des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation et dont le domicile soit dans les limites du Canada.

1938. The debtor who is bound to find a surety must offer one who has the capacity of contracting, who has sufficient property in Lower Canada to answer the obligation, and whose domicile is within the limits of Canada.

[ARTICLE 1938.]

*C. N. 2018. } Le débiteur obligé à fournir une caution, doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort du Tribunal d'appel où elle doit être donnée.

---

* C. L. 3011. } Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort du tribunal où elle doit être donnée.

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fid. et mand.*, *L.* 3. } Qui *satisdare* promisit, ita demùm implesse stipulationem satisdationis videtur, si eum dederit accessionis loco, qui obligari potest, et conveniri. Cæterùm si dederit servum aut filiumfamilias ex quibus causis de peculio actio non datur, vel mulierem quæ auxilio senatusconsulti utitur, dicendum est non esse impletam satisdationis stipulationem. Planè si non idoneum fidejussorem dederit, magis est ut satisfactum sit : quia qui admisit eum fidejubentem, idoneum esse comprobavit. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Celui qui a promis de cautionner paroît enfin avoir rempli l'obligation de cautionnement s'il a donné pour obligé accessoire quelqu'un qui puisse être obligé et actionné. Car s'il a donné un esclave ou un fils de famille dans des cas où l'on n'a pas contre eux l'action de pécule, ou une femme qui excipe du sénatus-consulte, on doit dire que l'on n'a pas rempli l'obligation de cautionner. Cependant s'il a donné une caution insuffisante, mais acceptée, il est plus vrai de dire que l'on a satisfait ; parce que celui qui a accepté cette caution l'a approuvée comme suffisante. (ULPIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 390 *et s.* } 390. Lorsqu'un débiteur est obligé, soit par la loi, soit par le juge, soit par la simple convention, de donner à son créancier une caution ; pour que la caution qu'il présente soit recevable, il ne suffit pas qu'elle ait cette première qualité qui est requise avant toutes choses, et qui consiste à être capable de s'obliger, comme caution ; il faut, outre cela : 1° que cette caution soit solvable, et ait un bien suffisant pour répondre de l'obligation à laquelle elle accède.

Lorsque le créancier à qui la caution est présentée, conteste sa solvabilité, la caution doit en justifier par le rapport des titres des biens immeubles qu'elle possède ; sinon la caution doit être rejetée.

Pour juger de la solvabilité d'une caution, et si les biens sont suffisats pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ses biens meubles, attendu que ces biens s'aliènent facilement, et qu'ils n'ont pas de suite par hypothèque ; néanmoins lorsque la dette est modique, et qu'elle ne doit pas durer longtemps, on admet pour cautions des marchands qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne consiste qu'en biens meubles ; Basnage, *ibid.*

On n'a pas d'égard non plus aux biens immeubles qui sont litigieux, ni à ceux qui sont situés dans un pays trop éloigné, la discussion en étant trop difficile ; Basnage, *ibid.*

2° La caution doit être domiciliée sur le lieu où elle doit être donnée, c'est-à-dire dans l'étendue du bailliage, afin que la discussion n'en soit pas trop difficile : *Fidejussor locuples videtur non tantùm ex facultatibus, sed ex conveniendi facilitate ;* L. 2, ff. *Qui satisd.*

On est néanmoins, à cet égard, plus indulgent envers ceux qui sont obligés par la loi ou par le juge à donner caution, qu'envers ceux qui s'y sont soumis volontairement : ceux-ci ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils n'en peuvent trouver sur le lieu, s'étant soumis volontairement à en donner ; *sibi imputare debent :* on doit facilement admettre les autres à donner pour cautions des personnes de leur pays,

lorsqu'il n'en peuvent donner dans le lieu où la caution doit être donnée ; Basnage, Despeisses.

3° Par la même raison, si l'on présentait pour caution une personne puissante, le créancier pourrait la rejeter. On pourrait aussi rejeter une personne qui, par son droit de *committimus*, pourrait traduire le créancier dans une autre juridiction (1), ou un militaire qui serait dans le cas d'obtenir des lettres d'Etat (2). *Voy.* Basnage, *Traité des Hypothèques*, p. 2, ch. 2.

C'est encore une qualité requise dans les personnes, qu'on présente pour cautions judiciaires, qu'elles soient sujettes à la contrainte par corps. C'est pourquoi on peut rejeter pour cautions judiciaires les femmes, les ecclésiastiques qui sont dans les ordres sacrés, et les septuagénaires, parce que ces personnes ne sont pas sujettes à cette contrainte.

Sur la forme de la réception des cautions, *Voy.* l'ordonnance de 1667, tit. 28.

391. Si la caution avait les qualités lorsqu'elle a été reçue, mais qu'elle ait cessé depuis de les avoir, *putà*, si de solvable qu'elle était elle est devenue insolvable, le débiteur sera-t-il obligé d'en donner une autre ?

Il faut distinguer : il y sera obligé, si c'est une caution légale ou judiciaire : *Si calamitas insignis fidejussoribus, vel magna inopia accidi, ex integro satisdandum erit ;* L. 10, § 1, *qui satisd. cog. ;* L. 4, ff. *de Stipul. præt.*

Si c'est une caution conventionelle, il faut distinguer. Si je me suis obligé à donner une caution indéterminément, et qu'en exécution de cette obligation j'en aie donné une qui depuis est devenue insolvable, il faudra que j'en donne une autre : mais si j'ai contracté d'abord sous la caution d'un tel, ou que je me sois obligé à donner un tel pour caution, et qu'il devienne ensuite insolvable, je ne puis être obligé

(1) Tous ces priviléges sont aujourd'hui abolis. (Bugnet).

(2) Il n'y a plus de lettres d'Etat ; mais on comprend qu'un militaire est plus difficile à poursuivre judiciairement qu'un autre citoyen. (Bugnet.)

à en donner une autre, parce que je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné.

392. Il nous reste la question de savoir si celui qui est tenu de donner une caution, peut être admis à donner à la place des gages suffisants pour répondre de la dette ?

Pour la négative, on allègue cette maxime de droit ; *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest ;* maxime qui a lieu quand même la chose qu'on offrirait serait meilleure : d'où il paraît suivre que le créancier à qui l'on doit une caution, n'est pas obligé de recevoir des gages à la place. Nonobstant ces raisons, on doit être facile à permettre à celui qui doit une caution, de donner des gages à la place, lorsqu'il ne peut donner de caution ; parce que celui à qui la caution est due, n'ayant d'autre intérêt que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans des gages autant, et même plus (*cùm plus cautionis sit in re quàm in personâ, et tutius sit pignori incumbere, quàm in personam agere*), ce serait de sa part une pure mauvaise humeur de refuser les gages à la place de la caution, si ce qu'on lui offre pour gages peut se garder sans aucun embarras, sans aucun péril ; *Basnage*, *ibid.*

Voy. *Bousquet*, cité sur art. 1934.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 23, *art.* 3. } La femme et le fils peuvent s'obliger valablement en minorité, pour retirer de prison son mari, ses pere et mere, ou l'un d'eux.

---

* *Rodier*, *Quest*, *Ord.* 1667, *Tit.* 28, *art.* 3. } Si la caution est contestée, sera donnée copie de la déclaration de ses biens, et les pieces justificatives seront communiquées sur le récépissé du Procureur, et sur la première assignation à comparoir pardevant le Commissaire, sera pro-

cédé sur le champ à la réception ou rejet de la Caution, et seront les Ordonnances du Commissaire exécutées, nonobstant oppositions ou appellations, et sans y préjudicier. Défendons à tous Juges de donner aucuns Appointements à mettre, en droit, ou de contrariété, sur leur solvabilité ou insolvabilité.

QUESTION PREMIÈRE. *Que faut-il faire si la caution est contestée ?*— Si celui en faveur de qui la caution est ordonnée, conteste la caution offerte, c'est-à-dire, sa solvabilité, ou par acte, ou verbalement pardevant le commissaire, et qu'il n'ait pas déjà eu communication de l'état des biens de la caution, le Juge ou commissaire ordonnera que cet état sera donné et communiqué avec les pièces justificatives. Cette communication peut être faite, ou par signification de copie, ou par exhibition et remise des actes en original à la partie ou au Procureur qui en fait son chargement ; on revient devant le commissaire, on discute cet état et ces actes ; le commissaire juge sommairement sur ces contestations ; s'il croit la caution suffisante il la reçoit, sinon il ordonne qu'on en fournira une autre, et il faut revenir à procéder comme dessus.

Pour contester utilement une caution, on doit dire, ou que ses biens ne sont pas d'une valeur suffisante, eu égard à la nature et à l'importance de l'objet, ou que ses biens sont déjà chargés d'hypothèques considérables qui en absorbent presque la valeur, ou que ses biens ne sont pas de nature à pouvoir être regardés comme solides ; par exemple, si s'étoient des moulins sur des rivières sujettes à de fréquentes irruptions. On comprend par là que pour établir la solvabilité d'une caution, il faut qu'elle ait, comme l'on dit, des biens au soleil ; car des meubles, ou un fonds de commerce, quelque considérables qu'ils fussent, pourroient aisément être dénaturés, Louet, lett. C., somm. IX. Des rentes constituées à prix d'argent et bien établies, peuvent être regardées comme des effets solides, en prenant la soumission de la caution de

ne pas les aliéner, et en faisant signifier cette soumission au débiteur de ces rentes.

**Bornier, Conf. sur Tit.* 28 *art.* 3. *Ord. de* 1667. } *Est contestée.*] Par l'Ordonnance de Charles IX. de l'an 1563, article 9, les condamnez à garnir ou à payer par provision en baillant caution, étoient contreints, pendant le débat de la suffisance de la caution, de consigner.

Copie de la déclaration de ses biens.] Cela ne s'observe pas dans les Jurisdictions Consulaires, d'autant que par le Reglement fait par Sa Majesté le 3 Août 1668, art. 9, il est dit, *que les Marchands et Negocians sous les privileges des Foires de Lyon notoirement solvables, seront reçus pour cautions comme ils ont été cidevant, en execution des Sentences et des Jugemens des Juges-Conservateurs, sans qu'ils soient tenus de donner déclaration et dénombrement de leurs biens, meubles et immeubles ;* et le motif de cet Arrêt est, que les Marchands n'ont pas des effets plus solides qu'un fond inconnu qui se trouve en leur credit et réputation.

Seront communiquées.] En cas que le Procureur ne veuille pas les recevoir, elles pourront lui être offertes par acte.

A la reception.] C'est au débiteur qui presente la caution pour être reçue, à prouver qu'elle est solvable, et non pas au créancier. Bouvot, tom. 2, *in verbo*, Fidejusseurs, quest. 17.

Défendons.] C'est pour retrancher et snpprimer les longueurs qu'il pourroit y avoir pour empêcher l'execution des Sentences de provision ; et le Commissaire ordonne seulement que le Demandeur en présentera une autre.

Insolvabilité.] La caution qui ne possede que des meubles sans avoir aucun bien immeuble, n'est pas suffisante, d'autant que les meubles n'ont point de suite par hypoteque, et que se pouvant facilement divertir, on n'y peut établir aucune sureté. Ainsi jugé par Arrêt rapporté par M. Louet, lettre C. chap. 9, et c'est pour cela qu'aux Requêtes du Palais et au Châtelet de Paris, l'on a accoutumé de demander que la caution baille déclaration de ses immeubles.

[ARTICLE 1938.]

* 4 *Maleville, sur art.* 2018 *C. N.* } On avait mis dans le projet de cet article que la caution ne pourrait être prise que dans le département où elle devrait être donnée. Il fut observé que ce serait trop restreindre la faculté de cautionner, et on l'étendit à tout le ressort du tribunal d'appel.

La loi ff. *qui satisd. cog.* dit *fidejussor videtur idoneus, non tantùm ex facultatibus, sed etiàm ex conveniendi facilitate.*

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2018 *C. N.* } 10. Le Sénatus-Consulte Velléïen défendait aux femmes de se rendre cautions pour les dettes d'autrui, même pour celles de leurs maris.

On appelle ainsi une Ordonnance du Sénat de Rome, qui prononçait la nullité de toutes les obligations contractées par les femmes pour autrui.

Dès les premiers tems de l'Empire Romain, Auguste avait défendu aux femmes, par un Edit, de cautionner leurs maris. Claude renouvella cette défense par une Loi semblable ; mais il paraît que ces Edits étaient tombés en désuétude, ou étaient mal exécutés.

Dans la suite, le Consul VELLEIUS TUTOR et son collègue proposèrent au Sénat de prendre en considération les obligations de toutes espèces arrachées à la faiblesse ou à la complaisance des femmes, et qui absorbaient leur patrimoine. Sur cette proposition, le Sénat rendit le Sénatus-Consulte appelé *Velléïen* du nom de son auteur, par lequel, en renouvellant les défenses faites par Auguste et Claude l'un de ses successeurs, il déclara nuls tous les engagements contractés par les femmes pour autrui, et refusa toute action à ceux au profit de qui ces obligations auraient été passées.

11. Ce Sénatus-Consulte et les Lois postérieures que firent les Empereurs Romains en interprétation de ses dispositions, furent reçus dans notre Législation. Ils paraissent avoir fait long-tems le Droit commun de la France. Elles furent

insérées expressément dans la rédaction de plusieurs coutumes.

Henri IV, par un Edit du mois d'août de l'année 1606, dérogea à cette Législation, et déclara valables les obligations que les femmes auraient souscrites pour un tiers. Cet Edit fut d'abord enregistré au Parlement de Paris, mais il ne fut exécuté que dans les Provinces dont les coutumes n'avaient pas de dispositions contraires. Cet Edit fut depuis enregistré au Parlement de Bourgogne ; et l'exécution en fut ordonnée dans la Bretagne par une Déclaration de 1683, enregistrée au Parlement de cette province. Un Edit enregistré au Parlement de Franche-Comté, du mois de novembre 1703, ordonna aussi l'exécution, dans son ressort, de l'Edit de 1606.

Enfin l'autorité du Sénatus Consulte Velléïen fut res treinte aux Parlemens de Droit écrit. Cependant celui de Normandie a constamment retenu cette Loi, et elle a toujours été en vigueur dans son ressort.

12. Justinien avait permis aux femmes qui s'obligeaient de renoncer à l'exception resultante de ce Sénatus-Consulte. Quelques Parlemens où il était observé, avaient admis la Novelle de Justinien; d'autres, comme celui de Normandie, l'avaient rejetée.

Le Code civil ne parle point de ce Sénatus-Consulte. On peut, en conséquence, demander s'il doit encore être observé ? La réponse est, que le Code civil ayant abrogé tous les statuts particuliers, ce Sénatus-Consulte se trouve compris dans cette disposition générale. Ainsi il n'y a aucun doute que, depuis le Code civil, les obligations contractées par les femmes pour des tiers, dans toute l'étendue de l'Empire, ne soient valables.

A l'égard de celles souscrites avant la promulgation de la Loi d'abrogation, il faut suivre les statuts et la jurisprudence qui s'observaient à l'époque où elles ont été contractées dans les lieux où les femmes obligées avaient alors leur domicile.

Qaunt au surplus de l'article qui nous occupe, et sur les

autres qualités que doivent avoir les cautions, voyez le Traité des Obligations de M. Pothier.

13. Le premier projet, et celui de la section de Législation portoient, que la caution devait être domiciliée dans le département où elle est donnée.

Cette disposition a essuyé de la contradiction lors des discussions. On a dit que c'étoit trop gêner le débiteur. On a proposé de substituer le ressort de la Cour d'appel au département, et cette proposition a été adoptée.

Au reste, cela n'a lieu que pour la caution discutée. Celle dont les parties conviennent peut avoir son domicile partout.

1939. La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matières de commerce, ou lorsque la dette est modique et dans les cas où il en est disposé autrement par quelque loi particulière.

On n'a pas égard aux immeubles litigieux.

1939. The solvency of a surety is estimated only with regard to his real property ; except in commercial matters, or when the debt is small, and in cases otherwise provided for by some special law.

Litigious immoveables are not taken into accouut.

---

* *C. N.* 2019. } La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce ou lorsque la dette est modique.

On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation.

---

* *ff. Liv.* 50, *Tit.* 17, *De reg. jur.*, *L.* 25. } Plus cautionis in re est, quàm in persona. (Pomponius).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } Il y a plus de sûreté dans les obligations réelles que dans les personnelles. (Pomponius).

[ARTICLE 1939.]

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 388. } Par le droit romain, les femmes ne pouvaient s'obliger comme cautions pour les affaires des autres ; le sénatus-consulte Velléien infirmait leur obligation.

Justinien, par sa Novelle 134, cap. 8, avait permis aux femmes, en s'obligeant, de renoncer à l'exception que leur donnait ce sénatus-consulte.

Ce droit a été autrefois suivi en France : mais comme la clause de renonciation au sénatus-consulte Velléien, qui était devenue de style dans les actes des notaires, en rendait l'effet inutile, et qu'il n'en pouvait résulter que des procès, il a plu au roi Henri IV d'abroger entièrement, par son édit de 1606, le droit du sénatus-consulte Velléien ; et, en conséquence, il n'a plus lieu dans tout le ressort du Parlement de Paris, où cet édit a été enregistré.

En Normandie, où il ne l'a point été, le droit du Velléien y est observé dans toute sa rigueur ; et la Novelle qui permettait aux femmes d'y renoncer, n'y est pas suivie.

Dans cette diversité de jurisprudence (1), on doit suivre la loi du lieu du domicile qu'avait la femme lorsqu'elle a contracté le cautionnement ; car les lois qui règlent les obligations des personnes, telle qu'est le Velléien, qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui, sont des statuts personnels, qui exercent leur empire sur toutes les personnes qui y sont soumises par le domicile qu'elles ont dans leur territoire, en quelque lieu que soient situés les biens de ces personnes, et en quelque lieu qu'elles contractent. C'est pourquoi, si une femme domicilée en Normandie, se rendait caution pour quelqu'un ; quoique l'acte du cautionnement fût passé à Paris, où le Velléien est abrogé, le cautionnement serait nul.

Voy. *Bousquet*, cité sur art. 1934 et *Pothier*, sur art. 1938.

(1) Aujourd'hui, dans toute la France, la femme majeure non mariée, et la femme mariée dûment autorisée, peuvent se porter cautions des obligations d'autrui. (Bugnet.)

[ARTICLE 1940.]

* *Serres, Int. au Dr. frs., Liv.* 3, *Tit* 21, *p.* 484. } Il faut dire à peu-près la même chose des Prêtres et autres personnes constituées ès Ordres sacrés, d'autant plus qu'ils sont exempts de la contrainte, suivant l'Ordonnance de Blois, art. 57, et la Déclaration du 30 Juillet 1710, et que le cautionnement leur est même défendu par les saints Canons ; ce qui n'empêche pas pourtant qu'ils ne puissent se rendre cautions volontaires, et qu'alors ils ne soient tenus et obligés, en vertu de leur cautionnement, sur les biens de leur patrimoine et les fruits de leurs Bénéfices.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2019 *C. N.* } La première partie de l'article est conforme à la loi 15 ff. *qui satisd. cog., plus cautionis est in re quam in personâ*, dit la vingt-cinquième des règles du Droit ; mais les commerçans ont rarement des immeubles.

La deuxième partie ne fixe point la distance hors de laquelle on peut refuser le cautionnement qui doit porter sur des immeubles ; on pourrait, par identité de raison et de sujet, se régler sur l'article 2018.

1910. Lorsque la caution, reçue par le créancier volontairement, ou en justice, devient ensuite insolvable, il doit en être donné une autre.

Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution.

1940. When the surety, in conventional or judicial suretyship, becomes insolvent, another must be found.

This rule admits of exception in the case only in which the surety was solely given in virtue of an agreement by which the creditor has required that a certain person should be the surety.

[ARTICLE 1940.]

* *C. N.* 2020. } Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.

Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution.

---

* *C. L.* 3012.—Semblable au *C. N.*

---

* *ff. Liv.* 2, *Tit.* 8, *Qui satisd. cogant.*, *L.* 10. } Si ab arbitro probati sunt fidejussores, pro locupletibus habendi sunt: cùm potuerit querela ad competentem judicem deferri.

§ 1. Qui ex causa improbat ab arbitro probatos, aliàs improbatos probat : multoque magis, si sua voluntate accepit fidejussores, contentus his esse debet. Quod si medio tempore calamitas fidejussoribus insignis, vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisdandum erit. (Paulus).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } Si les répondans sont déclarés suffisans par l'arbitre, ils doivent être regardés comme tels ; parce qu'on auroit pu se plaindre de son jugement devant le juge compétent.

§ 1. Celui qui refuse pour une raison quelconque les répondans approuvés par l'arbitre, ou qui approuve ceux qui ont été refusés, et à plus forte raison celui qui reçoit un répondant qui lui convient, doit s'en contenter. Si dans le temps intermédiaire, les répondans souffrent des pertes notables, ou tombent dans une grande indigence, il faudra donner une nouvelle caution. (Paul).

Voy. *Bousquet*, cité sur art. 1934, *Digeste* et *Pothier*, cités sur art. 1938.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2020 *C. N.* } *Il doit en être donné une autre.* Parce que, sans la sûreté de cette caution, le créancier n'aurait pas contracté avec le débiteur principal.

Une telle personne. Alors le défaut de caution résulte de la volonté même du créancier.

---

* 4 *Maleville, sur art* 2020 *C. N.* } La section de Législation avait présenté un article ainsi conçu :

Lorsque le débiteur a volontairement donné une caution sans y être tenu par la loi, ni par une condamnation, le créancier qui s'en est contenté, ne peut plus en demander d'autre, quand même elle deviendrait insolvable.

On opposa la doctrine de Pothier, et en effet, dans son traité *Des Obligations*, n. 391, il distingue d'abord les cautions exigées par la loi ou par un jugement, des cauti ons purement conventionnelles. Il dit que si la caution légale ou judiciaire devient insolvable, il faut en donner une autre ; mais qu'à l'égard des conventionnelles, il faut faire une nouvelle distinction ; si je me suis obligé à donner une caution indéterminément, et qu'en exécution de cette obligation, j'en aie donné une qui depuis est devenue insolvalble, il faudra que j'en donne une autre ; mais si j'ai contracté d'abord sous la caution d'un tel, ou que je me sois obligé à donner un tel pour caution, et qu'il devienne ensuite insolvable, je ne peux être obligé à en donner une autre, parceque je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné en effet.

On était d'accord pour le cas des cautions judiciaires ou légales ; mais on disputa beaucoup sur les cautions conventionnelles déterminées ou indéterminées. D'un côté on alléguait l'intérêt dû créancier qui n'avait entendu prêter que sous bonne caution, de l'autre celui du débiteur qui ne pourrait pas facilement en trouver une autre ; ceux-ci disaient même que dans la vérité, la sous distinction de Pothier n'était fondée sur rien, et que le créancier n'avait pas moins

volontairement accepté la caution d'abord indéterminée que la déterminée.

Cependant l'autorité de *Pothier* l'emporta.

La loi 8, § 3, ff. *qui satisd cog.*, dit qu'il faut donner une nouvelle caution, si la première est devenue héritière du débiteur principal ; la loi 4, *ut in possess.* le veut de même, si la première caution est décédée ; la loi 10, ff. *qui satisd. cog.* qui est celle que *Pothier* cite, et la loi 4, ff. *de præt. sitpul. Si magna, inopia accidit, vel cautum esse desiit.* Mais la loi 3, §. 3, ff. *ut in possess.* décide formellement qu'il n'y a pas lieu à donner une nouvelle caution, parce que la caution acceptée était dès-lors insolvable, le créancier devant se l'imputer. Il ne paraît pas que la sous-distinction de *Pothier* fût fondée sur aucune loi précise, ni admise même dans la jurisprudence.

Mais il y a un arrêt au Journal des Audiences, du 7 mars 1618, qui a jugé que si la caution d'une rente devenait insolvable, le débiteur était obligé d'en donner une autre. On ne parla pas de cas dans la discussion, parce qu'on regarde ces rentes comme hors d'usage ; mais on cita le cas du bail d'une usine, fait sous une caution qui doit répondre de l'entretien et des dégradations par le fermier. Si cette caution devient insolvable, dit-on, et que le fermier ne soit pas obligé d'en donner une autre, le propriétaire est sans garantie, et la convention éludée. Mais cette objection s'appliquerait aussi bien aux cautions conventionnelles déterminées, qu'aux indéterminées.

Quoiqu'il en soit, c'est à l'article adopté qu'il faut se tenir.

---

* 14 *Pand. frs.*, *sur art.* 2020 *C. N.* } 14. Le premier projet adoptait la distinction de M. Pothier entre la caution stipulée indéterminément, et la caution fournie sur l'indication du créancier. Il ne déchargeait le débiteur de l'obligation de donner une nouvelle caution que dans ce dernier cas. Telle était aussi la décision des Lois Romaines.

Les membres de la section de Législation du Conseil, dans leur projet, avaient changé ce principe, et déchargé indistinctement le débiteur de fournir une nouvelle caution.

Lors de la lecture au Conseil, M. Regnaut (de St.-Jean-d'Angely) attaqua le principe de la nouvelle disposition, et réclama la distinction faite par M. Pothier.

M. le Conseiller d'Etat Treilhard répondit, que dans l'un et l'autre cas, l'obligation de fournir caution est également remplie. Cette opinion fut embrassée et soutenue par M. Berlier.

Cependant, la justesse de la distinction faite par les Lois Romaines, et suivie par M. Pothier, est évidente.

Lorsque le contrat porte purement et simplement la convention qu'il sera donné caution, et que le débiteur en a fourni une qui, depuis, est devenue insolvable, il n'a pas rempli son obligation, car il s'est obligé de fournir une caution solvable, et qui fût telle jusqu'à l'accomplissement de l'engagement principal.

Mais quand le créancier a demandé une certaine personne pour caution, le débiteur a fait tout ce à quoi il était obligé en donnant la personne indiquée ; il ne s'est point soumis à en fournir une autre : le créancier n'a voulu que cette personne. Il a uniquement et entièrement suivi sa foi ; si elle devient insolvable, il ne peut pas s'en plaindre.

Ces principes ont été défendus par S. A. S. M. l'Archi-Chancelier de l'Empire, MM. le Sénateur Tronchet et Portalis. Ils ont déterminé le rejet de l'article proposé par la section, et le Conseil est revenu à celui du premier projet qui a été adopté.

De cette manière, les vrais principes ont été maintenus.

15. Quelques auteurs enseignent qu'il y a cependant un cas où le débiteur qui a fourni une caution, même indéterminée, n'est pas obligé d'en donner une autre si elle devient insolvable. C'est celui de la constitution de rente perpétuelle.

L'effet de cette obligation, disent-ils, dans le cas où le débiteur ne pourrait pas trouver une nouvelle caution, serait

[ARTICLE 1941.]

* *C. N.* 2021. } La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

---

* *C. L.* 3014. } La caution n'est obligée envers le créancier qu'à le payer au défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les mêmes principes qui ont été ci-dessus établis pour les dettes solidaires.

---

* *Novelle*, *Collat.* 1, *Tit.* 4, *ch.* 1, 2. } Cap. I. Si quis igitur crediderit, et fidejussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit : is non primùm adversus mandatorem, aut fidejussorem aut sponsorem accedat : neque negligens, debitoris intercessoribus molestus sit : sed veniat primùm ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit : et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat ; quid enim ei in extraneis erit, à debitore completo ? Si vero non valuerit à debitore recipere aut in partem aut in totum : secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fidejussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo quod reliquum est, sumat : et si quidem præsentes ei consistant ambo, et principalis et intercessor, et aut mandator aut sponsor : hoc omni servetur modo. Si vero intercessor, aut mandator, aut qui sponsioni se subjecerit, adsit : principalem vero abesse contigerit, acerbum est, creditorem mittere, alio, cùm possit mox intercessorem, aut mandatorem, aut sponsorem exigere. Sed et hoc quidem curandum est à nobis possibili modo :

de le contraindre au remboursement du capital ; or, cela est contre l'essence du contrat de constitution de rente. Le débiteur qui sert bien les arrérages ne peut pas être forcé au rachat.

C'est une erreur. Il est bien vrai que l'on ne peut pas stipuler par le contrat de constitution que, dans le cas où la caution deviendra insolvable, le débiteur de la rente sera tenu au remboursement sans en pouvoir donner une autre ; mais non que le créancier ne puisse pas demander la sûreté qu'il a perdue.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION I.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION.

1941. La caution n'est tenue à l'exécution de l'obligation qu'à défaut du débiteur qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas, l'effet de son engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires.

CHAPTER SECOND.

OF THE EFFECT OF SURETYSHIP.

SECTION I.

OF THE EFFECT OF SURETYSHIP BETWEEN THE CREDITOR AND THE SURETY.

1941. The surety is liable only upon the default of the debtor, who must previously be discussed, unless the surety has renounced the benefit of discussion, or has bound himself jointly and severally with the debtor, in which case his liability is governed by the rules established with respect to joint and several obligations.

---

non enim erat quoddam hic antiquæ legi datum pro sanatione remedium ; quamvis Papinianus maximus fuerit, qui hoc primitus introduxit. Probet igitur intercessorem, aut sponsorem, aut mandatorem : et causæ præsidens judex de tempus intercessori (idem est dicere, sponsori et mandatori) volenti principalem deducere : quatenus ille priùs sustineat conventionem : et sic ipse in ultimum subsidium servetur : sitque solatio intercessori, aut sponsori, et mandatori in hoc quoque judex : fidejussoribus enim et talibus prodesse sancitum est, ut illo deducto, interim conventione liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definire judicantem), tunc fidejussor, aut mandator, aut sponsor exequatur litem, et debitum exigatur contra eum pro quo fidejussit, aut pro quo mandatum scripsit, aut sponsionem suscepit : à creditoribus actionis sibi cessis.

Cap. II. Sed neque ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fidejussores, et sponsores : sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fidejussorum, et mandatorum, et sponsorum : idem enim est dicere : vel si quosdam habuerint homines ipsis sibimet obligatos, et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. Contra principales tamen et existentes apud eos res (sive personalibus, sive hypothecariis mox, sive ambabus uti voluerit) : omnem ei damus licentiam, quæ dudum à nobis data est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancimus. Et non solùm hoc in creditoribus dicimus : sed etiam si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit eum, quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta : non adversus confirmatorem mox emptor accedat, neque tenentem aliquid rerum venditoris, sed adversus venditorem prius, et sic ad confirmatorem, et tertio loco contra detentorem. Eadem etiam hic existente divisione super præ-

sentibus et absentibus, quam dudum in fidejussoribus et mandatoribus et sponsoribus, ac creditoribus causa debitorum sancivimus. Similiter obtinente etiam in aliis contractibus, in quibus fidejussores aliqui, aut mandatores, aut sponsores accipiuntur ; et in ipsis principalibus ex utroque latere, et in heredibus eorum, et successoribus, antiqua si quidem lex hæc valeat rursus, et cum hujusmodi justitia atque divisione nostros subjectos foveat.

Ibidem.
Trad. par M. Berenger, fils. } Ch. I. Si quelqu'un a prêté de l'argent sous le cautionnement d'un fidéjusseur, d'un mandateur ou d'un répondant, il n'exercera pas d'abord son action contre ceux-ci ; et par sa négligence envers le débiteur, il ne portera aucun préjudice aux cautions ; mais il se pourvoira en premier lieu contre celui qui aura reçu l'argent et contracté la dette ; et s'il en obtient sa créance, il s'abstiendra de poursuivre les cautions : car qu'aurait-il à leur demander s'il est entièrement payé ? Il ne pourra les inquiéter qu'au cas où il n'aura pu retirer du débiteur la totalité de sa créance, ou au cas où il n'en aura reçu qu'une partie : ce ne sera qu'alors qu'il attaquera le fidéjusseur, le mandateur ou le répondant pour la portion de sa créance, dont il n'aura pu être satisfait par le débiteur : cela sera observé de cette manière lorsque le débiteur principal et la caution (c'est-à-dire le mandateur ou le répondant), seront tous deux présens. Mais si le principal obligé est absent et que la caution soit présente, il serait dur dans ce cas d'envoyer le créancier chercher son argent ailleurs, lorsqu'il peut sur-le-champ l'exiger de la caution. L'ancienne loi ne prévoyait pas ce cas, quoiqu'antérieurement le grand Papinien en eût parlé ; c'est pourquoi nous le comprenons dans la présente. Ainsi le créancier aura le pouvoir d'attaquer la caution ; mais le juge saisi de la contestation accordera un délai à celle-ci, afin qu'elle puisse amener le principal débiteur en cause, pour le forcer à exécuter le premier la convention ; ce ne sera qu'à son refus que la caution sera tenue de l'exécuter elle-même : le juge donnera par-là une res-

source aux fidéjusseurs, mandataires et répondans, qui seront tenus de s'en prévaloir s'ils veulent être déchargés de l'obligation. Mais si le délai qui est accordé aux cautions (délai dont le juge doit fixer la durée) expire sans que le principal débiteur se soit libéré, alors le fidéjusseur, le mandateur ou le répondant doit payer la dette, à la charge par lui d'exiger son remboursement de celui pour qui il se sera obligé, pour qui il aura souscrit le mandat ou répondu ; et à cet effet il demeurera subrogé aux droits du créancier payé.

Ch. II. Le créancier ne pourra discuter les biens des débiteurs, possédés par des tiers, qu'après avoir exercé l'action personnelle contre les mandateurs, les fidéjusseurs et les répondans. Ainsi le créancier discutera d'abord les biens du principal débiteur, il en viendra ensuite aux biens des mandateurs, des fidéjusseurs et des répondans ; si après cela il n'est pas libéré, et que les biens du débiteur soient possédés par des tiers, alors il attaquera ces tiers détenteurs ; le créancier aura même la faculté d'agir contre les débiteurs des cautions et contre ceux qui sont tenus envers eux à des actions hypothécaires. Le créancier pourra, comme nous le lui avons déjà permis, exercer contre les principaux débiteurs et sur les biens qu'ils possèdent, soit l'action personnelle, soit ensuite l'hypothécaire, ou toutes les deux à la fois s'il le veut : on aura la même faculté envers les autres obligés et dans tous les autres cas. Ce que nous décrétons n'est pas relatif aux seuls créanciers ; mais si quelqu'un ayant acheté d'une autre personne, a accepté la caution qu'on appelle confirmateur, et qu'ensuite l'acte de vente soit attaqué, l'acquéreur n'exercera pas incontinent son action en garantie contre le confirmateur, ni contre le détenteur de quelques-uns des biens du vendeur, mais il attaquera d'abord le vendeur, ensuite le confirmateur et en troisième lieu le tiers détenteur. On observera à leur égard les dispositions que nous venons de décréter sur les fidéjusseurs, les mandateurs, les répondans, et les créanciers, dans le cas de la présence ou de l'absence des débiteurs. Les mêmes dispositions seront également

observées dans tous les autres contrats pour la sûreté desquels on aura accepté des fidéjusseurs, des mandateurs ou des répondans ; et l'ancienne loi reprenant son effet relativement aux contractans principaux de part et d'autre, à leurs héritiers et successeurs, protégera nos sujets par sa justice et l'ordre qu'elle détermine.

---

* *Bousquet*, *Cautionn.*, p. 336. } La caution n'est obligée, envers le créancier, à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. (Art. 2021.)

Dans la rigueur du droit, la caution pourrait être poursuivie par le créancier, dès l'instant où le débiteur serait en retard de payer, puisqu'elle s'est engagée à exécuter l'obligation principale dans le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas lui-même.

Mais pourquoi le créancier serait-il dispensé de toute poursuite contre un débiteur qui présenterait des moyens de solvabilité, et qu'il lui serait facile de contraindre à l'exécution ?

Le principal obligé n'est pas libéré par le cautionnement : c'est avec lui d'abord que le créancier a traité, pourquoi ne serait-il point discuté le premier ?

N'est-il point présumable d'ailleurs, à moins qu'il n'y ait stipulation contraire, que la caution n'a eu l'intention de s'obliger à payer que dans le cas seulement où le débiteur ne serait pas en état de payer lui-même, et cette obligation ne suffit-elle pas pour la sûreté du créancier ?

Ne faut-il pas enfin traiter avec quelque faveur le cautionnement qui est un acte de bienfaisance, pourvu qu'en définitive le créancier trouve sa sûreté entière ?

Tels sont les motifs qui ont fait accorder à la caution con-

ventionnelle, lorsqu'elle est poursuivie, le droit de requérir que le débiteur soit préalablement discuté dans ses biens par le créancier.

C'est ce qu'on appelle le bénéfice de discussion.

Le créancier ne peut s'en plaindre dans aucun cas, puisqu'il a été le maître de n'accepter la caution qu'à condition qu'elle renoncerait au bénéfice de discussion, ou qu'elle s'obligerait solidairement avec le débiteur, et qu'alors il a le droit de la poursuivre immédiatement comme un débiteur solidaire ; mais, s'il a accepté la caution d'une manière pure et simple, il a volontairement consenti à discuter le principal débiteur : *volenti non fit injuria.* (*Rapport du tribun Chabot*, de l'Allier.)

Sous l'ancienne législation romaine, le bénéfice de discussion n'existait pas, et un créancier, quoiqu'il eût hypothèque, pouvait, au lieu de s'adresser à son gage, attaquer d'abord la caution. Mais Justinien introduisit cette exception dans tous les cas.

Legem antiquam positam quidem olim, usu vero (*nescimus quemadmodum*) *non approbatam, per causas autem semper exquisitas atque necessarias apparentem rursus revocare, et ad rempublicam reducere, benè se habere putavimus, non simpliciter eam, sicut jacebat, ponentes* (*erat enim quodam ejus pars omnino non discreta*) *sed cum competenti, et deo placito distribuentes augmento.* (*Præfatio nov.* 4.) *Si quis igitur crediderit et fidejussorem, aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primùm adversus mandatorem aut fidejussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens, debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primùm ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit.* (*Nov.* 4, *cap.* 1.)

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 23, *art.* 17. } La caution conventionnelle ne peut être poursuivie qu'après la discussion des immeubles du débiteur principal, si elle n'est obligée solidairement à la dette ; mais la caution judiciaire ne peut user du bénéfice de discussion.

* 4 *Maleville, sur art.* 2021 *C. N.* } Le bénéfice de discussion fut introduit par la Nov. 4, cap. 2. Suivant les lois antérieures, le créancier pouvait agir à son gré contre le débiteur principal ou contre les cautions. L. 5 et 19, *Cod. de fidej.*

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*o 407-8-9, 413, 417. } 407. Suivant le droit qui était en usage avant la Novelle 4 de Justinien, le créancier pouvait exiger des cautions le paiement de ce qui lui était dû avant que de s'adresser au débiteur principal : *Jure nostro*, dit Antonin Caracalla en la loi 5, Cod. *de Fidej.*, *est potestas creditori*, *relicto reo*, *eligendi fidejussores*, *nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.*

Les empereurs Dioclétien et Maximien décident la même chose en la loi 19, Cod. *eod. tit.* Justinien, *dictâ Nov.*, cap. 1, a accordé aux fidéjusseurs l'exception qu'on appelle de *discussion* ou *exception d'ordre*, c'est-à-dire l'exception par laquelle ils peuvent renvoyer le créancier qui leur demande le paiement de sa dette, à discuter auparavant les biens du débiteur principal.

Ce droit de la Novelle est suivi parmi nous, mais non pas à l'égard de toutes les cautions, ni dans tous les cas.

408. Les cautions judiciaires ne peuvent opposer cette exception ; Louet, lettre F, 23.

Les cautions pour les fermes du roi ne sont pas non plus aujourd'hui reçues à opposer cette exception, quoique l'ordonnance de Louis XII, de l'an 1513, la leur eût accordée. La jurisprudence en était introduite dès le temps de M. Le Bret, qui en rapporte cette raison, que ces cautions sont présumées être secrètement les associés du fermier débiteur principal ; Le Bret, *Plaid.* 42, *in fin.*

Enfin les cautions qui, par leur cautionnement, ont renoncé à cette exception, ne peuvent pas l'opposer : (1) *Unicuique enim licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

(1) Et cette renonciation est devenue à peu près une clause de style. (Bugnet.)

La caution est-elle censée avoir renoncé à cette exception, lorsqu'il est dit par le cautionnement, qu'elle s'oblige comme *débiteur principal ?*

Les auteurs paraissent partagés sur cette question.

On rapporte d'anciens arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé que cela ne suffisait pas, et que la renonciation à cette exception doit être expresse.

Basnage, en son *Traité des Hypothèques*, dit que la jurisprudence de Normandie est que ces termes suffisent pour constater la renonciation à l'exception de discussion, et qu'on ne doit pas croire qu'on ait employé ces termes pour qu'ils ne signifiassent rien.

Cela est conforme aux règles de l'interprétation des conventions (1), *Suprà*, n. 92.

La renonciation aux exceptions de discussion et de division ne doit pas s'inférer de ces termes qui se trouveraient à la fin de l'acte de cautionnement, *promettant*, *obligeant et renonçant*, *etc.* Ce terme *renonçant*, vague et indéterminé, sans qu'on exprime en quoi les parties renoncent, ne peut être regardé que comme un pur style, qui ne signifie rien : *Ea quæ sunt styli*, *non operantur.* Cette décision a lieu, quand même dans la grosse le notaire aurait étendu cette clause de *renonçant*, *etc.*, et y aurait exprimé la renonciation aux exceptions de division et de discussion (2).

Dumoulin (*Tr. usur. quæst.* 7, *in fin.*), dit l'avoir fait juger ainsi par arrêt : la raison est que le notaire ne peut pas, par ce qu'il ajoute dans la grosse, augmenter l'obligation des parties ; *infrà*, part. 4, chap. 1, art. 3, *au commencement.*

409. Le créancier n'est pas obligé à la discussion en tous cas, et on peut, à cet égard, établir pour principe que le

(1) Cette décision ne nous paraît pas susceptible de la moindre difficulté. (BUGNET).

(2) Les notaires ne doivent délivrer des grosses ou expéditions que parfaitement conformes à la minute ; et les copies ne font foi que de ce qui est contenu au titre. *V.* art. 1334, C. civ. (BUGNET.)

créancier n'est pas obligé à une discussion qui serait trop difficile.

C'est pour cette raison que la Novelle, en accordant aux fidéjusseurs le bénéfice de discussion, en excepte le cas auquel le débiteur principal serait absent ; à moins que le fidéjusseur n'offrît de le représenter dans un bref délai qui lui serait imparti par le juge.

Cette exception que la Novelle met au bénéfice de discussion, n'a pas lieu parmi nous, comme le remarque fort bien Loyseau.

Les raisons sur lesquelles elle est fondée, sont tirées de la difficulté qu'il y avait selon la procédure des Romains, à discuter un absent : elles n'ont parmi nous aucune application.

Les assignations et significations à domicile, qui, selon notre procédure, ont le même effet que si elles étaient faites à la personne même, rendent la discussion du débiteur principal, lorsqu'il est absent, aussi facile que s'il était présent (1).

413. La discussion se fait aux risques et périls du fidéjusseur qui a demandé qu'elle fût faite ; et comme celle des biens immeubles ne se peut faire sans de grands frais, le créancier peut demander que ce fidéjusseur lui fournisse des deniers pour la faire. C'est une règle générale pour tous les cas auxquels l'exception de discussion est opposée ; *Journal des audiences*, tom. 1, liv. 5, ch. 25 : et c'est une suite de notre principe.

417. Non-seulement les cautions elles-même, mais leurs héritiers, peuvent user de cette exception.

Le certificateur de la caution, qui est *fidejussor fidejussoris*, peut aussi opposer les mêmes exceptions qu'aurait pu opposer la caution qu'il a certifiée ; et par conséquent, il peut opposer cette exception, et demander la division de la dette entre lui et les cofidéjusseurs de celui qu'il a certifié.

(1) Si la déclaration d'absence est déjà prononcée, l'action peut être dirigée contre les envoyés en possession des biens de l'absent, en qualité de détenteurs des biens, et rien n'empêche cette discussion préalable. (Bugnet.)

[ARTICLE 1941.]

* 1 *Rogron, sur art.* 2021 *C. N.* } *Qu'à défaut du débiteur*. Car le cautionnement n'est que l'obligation d'acquitter la dette d'un tiers, si ce tiers ne l'acquitte pas lui-même.

Préalablement discuté. Nous avons déjà expliqué ces expressions, article 930.

Renoncé au bénéfice de discussion. Le droit qu'a la caution d'exiger qu'avant de la poursuivre on discute les biens du débiteur principal, est purement facultatif, et il lui est libre d'y renoncer : dans ce cas, elle doit payer dès que le débiteur a refusé d'acquitter sa dette.

Pour les dettes solidaires. C'est-à-dire qu'alors la caution étant considérée comme un véritable débiteur solidaire, le créancier peut s'adresser à elle aussi bien qu'au débiteur principal, sans qu'elle puisse lui opposer le bénéfice de division (art. 1203).

---

* 1 *Cochin, Œuvres, p.* 649 *et s.* } VIII. Consultation. — *Accepteur de Lettre de Change déchargé par la remise faite au Tireur qui a fait faillite.*

Le soussigné, qui a vu le Mémoire de M. Masson au sujet de l'action exercée contre lui par les Porteurs des Lettres de Change tirées par Joannis, Négociant de Malaga, et acceptées par M. Masson : Est d'avis que le Tireur et l'Accepteur d'une Lettre de Change sont débiteurs solidaires du Porteur de la même Lettre, et qu'il peut également les poursuivre pour leur en faire payer le contenu. Mais la question est de savoir si le créancier de deux débiteurs solidairement obligés, ayant signé le contrat fait par un des deux, et s'étant soumis aux remises et aux délais portés par ce même contrat, peut revenir contre l'autre, pour se faire payer de ce qu'il perd avec le premier.

On ne croit pas la prétention du créancier bien fondée. Le contrat qu'il a signé tient lieu à son égard de paiement de sa dette ; il a bien voulu la réduire, et donner du temps pour le surplus ; par-là il a dérogé à son propre titre, et il ne peut

plus faire valoir, contre l'autre débiteur, un titre auquel il a lui-même dérogé.

Tout ce qui se fait en faveur d'un débiteur solidaire, se fait nécessairement en faveur des autres, comme ce qui se fait contre un des débiteurs nuit aux autres. Par exemple, les poursuites faites contre un des coobligés solidairement interrompent la prescription contre les autres. Il en est de même de ce qui tend à leur décharge, parce que la dette est une et indivisible, et que l'obligation étant la même entre tous les débiteurs, l'un ne peut être soulagé que l'autre ne le soit ; c'est ce qui fait dire à l'Auteur des Loix Civiles *que si un des débiteurs avoit une exception personnelle qui éteignît la dette pour sa portion, cette exception serviroit aux autres pour cette portion.* L. 3, tit. 4, sect. 1, n. 8.

Or la remise consentie en faveur du débiteur solidaire est une exception qui éteint la dette du moins par rapport à lui ; or si elle s'éteint par rapport à lui, elle s'éteint par rapport à ses Associés.

Autrement il y auroit un circuit d'actions qui retomberoit toujours sur le créancier. En effet, supposons que les Porteurs de Lettres de Change puissent poursuivre aujourd'hui le sieur Masson Accepteur, il est certain que le sieur Masson auroit son recours contre le Tireur qui ne lui avoit remis aucun fonds ; et ce recours seroit fondé sur ce qu'il auroit payé pour lui les Lettres de Change en entier ; mais en ce cas le Tireur poursuivi ne reviendra-t-il pas contre les Porteurs pour leur dire, vous m'avez fait une remise, et cependant vous vous êtes fait payer de la dette, et par-là vous avez fourni à l'Accepteur un titre pour me la redemander en entier ; votre remise seroit illusoire si cela étoit ; et pour qu'elle soit réelle et sérieuse, je demande que vous soyez tenu de rendre ce que vous avez reçu, pour faire cesser le recours auquel vous donnez lieu contre moi.

On ne peut pas dire qu'en ce cas le sieur Masson seroit obligé de suivre la loi faite par les autres créanciers, et de faire lui-même aux Joannis la remise dont on est convenu ;

car lui seul seroit créancier de plus de la moitié et de près des deux tiers, et par conséquent il ne pourroit recevoir la loi des autres.

Il auroit donc son action en entier contre les Joannis ; mais s'il a cette action, le contrat qui a été signé ne subsiste donc plus ; et par le fait de qui ne subsiste-t-il plus ? C'est par le fait de ceux qui l'ont signé ; or en Justice un contrat peut-il être détruit par le fait de ceux qui l'ont signé ?

Allons plus loin, et supposons que M. Masson soit condamné à payer les Porteurs de Lettres de Change, et que les Joannis soient condamnés à les acquitter ; il peut lui-même, comme exerçant les droits des Joannis ses débiteurs, demander contre les Porteurs l'exécution du contrat qu'ils ont signé, et en conséquence qu'ils soient tenus de faire cesser la demande qui est faite aux Joannis des mêmes dettes dont ils leur ont fait remise.

Tout cela prouve que les Porteurs de Lettres, en signant le contrat, ont tellement déchargé l'Accepteur, qu'ils ne peuvent le poursuivre sans que leur propre demande retombe sur eux-mêmes.

C'est en conformité de ces principes, que la même question a déjà été jugée en faveur de la caution solidaire d'un débiteur qui avoit fait faillite ; cet Arrêt est rapporté par Montholon. Un Marchand de Rouen devoit 12000 liv. à un nommé le Sueur. Dans l'obligation le frere du débiteur étoit intervenu, s'étoit obligé solidairement et comme principal Preneur ; depuis, le Marchand avoit fait faillite, et ses créanciers lui avoient fait remise d'un quart. Ce qu'il y avoit de singulier étoit que le Sueur n'avoit pas voulu signer le contrat, et qu'il avoit été seulement condamné par Arrêt à entrer dans la même remise ; cette perte le détermine à poursuivre la caution solidaire : son moyen est qu'il n'a pris une caution que pour suppléer à l'insolvabilité de son débiteur ; la réponse de la caution est que quand le créancier a fait une remise, ou que par l'autorité d'une Loi générale il est obligé de la souffrir, elle profite au coobligé solidairement ; et par

l'Arrêt prononcé en Robbes rouges à Pâques 1609, la caution fut déchargée du quart de la dette comme le débiteur ; c'est le 114e Arrêt de Montholon.

M. Masson est ici dans des termes plus favorables. Les Porteurs de Lettres qui l'attaquent ont signé volontairement le contrat ; ce sont même eux qui ont fait la loi aux autres créanciers, du moins ne pouvoient-ils pas la recevoir, puisqu'ils composoient presque les deux tiers des créanciers pour la somme. La Lettre même de Friidelphi prouve que c'est lui qui a engagé les créanciers à faire grace ; ainsi ils sont bien moins favorables dans leur recours que ne l'étoit le Sueur qui avoit refusé de signer le contrat, et qui avoit été seulement condamné par Arrêt à y entrer. La décharge prononcée contre le Sueur doit donc à plus forte raison avoir lieu contre ces Porteurs de Lettres.

Cette question est encore traitée par Savary dans son Parere 13 où il suppose un Porteur créancier du Tireur, de l'Accepteur et de l'Endosseur. Il demande si ce Porteur ayant signé dans le contrat d'un des trois qui a fait faillite, peut encore se dire créancier des autres, et entrer aussi dans les contrats qu'ils pourroient faire avec leurs créanciers ; il établit la négative par plusieurs raisons. La premiere est qu'un Porteur de Lettre ne peut entrer dans un contrat, et remettre moitié de la somme portée par la Lettre, au préjudice et sans le consentement du Tireur et de l'Endosseur qui sont ses garants, ensorte qu'il renonce à sa garantie, quand il fait semblable remise de son propre mouvement. Savary cite, pour appuyer cette décision, l'Arrêt de 1609, qui a jugé, dit-il, qu'un débiteur ayant été reçu à payer une partie des dettes de ses créanciers, les créanciers ne pouvoient pour le surplus s'adresser aux Fidéjusseurs. La seconde raison expliquée par Savary se tire des inconvénients et des abus qui arriveroient, si le Porteur, qui est entré dans un contrat, pouvoit encore se dire créancier des autres débiteurs.

S'il y avoit des Arrêts qui eussent jugé que le créancier qui est entré dans un contrat, n'est point obligé de se départir

de son titre comme totalement acquitté, et qu'il a toujours action contre ceux dont il a signé les contrats, en cas que *ad meliorem frugem evadant*, ce qu'on ne peut penser ; cela ne changeroit rien aux principes ci-dessus établis, parce que du moins le créancier doit s'en tenir à la loi du contrat, tant que la condition de celui avec qui il a traité n'est point changée, et par conséquent tant que les choses sont au même état, il ne peut poursuivre les coobligés.

On croit donc que M. Masson est bien fondé à défendre contre les Porteurs des Lettres de Change qu'il a acceptées. Il étoit devenu par-là leur débiteur, mais ils se sont adressés à leur débiteur originaire, ils ont traité avec lui ; par-là l'Accepteur est déchargé. En effet, Savary dans son Parere 27 établit que le Porteur de la Lettre acceptée par un Marchand qui n'avoit pas de provision, ayant depuis reçu pendant trois ans et demi les intérêts de sa Lettre de Change du Tireur de la même Lettre, l'Accepteur étoit déchargé.

Il est vrai que les Porteurs en signant le contrat des Joannis se sont réservé leur action contre M. Masson ; mais s'il étoit déchargé par le contrat dans lequel ils sont entrés, cette réserve est inutile et ne peut leur donner une action dont ils étaient déchus. On ne peut donner quittance et se réserver sa créance.

1942. Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle.	1942. The creditor is not bound to discuss the principal debtor unless the surety demands it when he is first sued.

---

* *C. N.* 2022 et *C. L.* 3015.—Semblables au texte.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 411. } Lorsque la discussion est opposée, le créancier, s'il n'a pas de titre exécutoire contre le débiteur principal, doit l'assigner, et obtenir sentence de condamnation contre lui. En vertu de cette sentence, ou, sans assignation, en vertu de son titre exécutoire, lorsqu'il en a un, il doit procéder par commandement contre le débiteur principal, et saisir et exécuter les meubles qui sont en la maison dudit débiteur.

S'il n'y en a point sur lesquels on puisse asseoir une exécution, l'huissier doit le constater par un procès verbal de carence de meubles ; et ce procès verbal tient lieu de discussion mobilière.

A l'égard des autres biens meubles et immeubles que pourrait avoir le débiteur principal,le créancier n'étant pas obligé de les connaître, n'est pas obligé de les discuter, s'ils ne lui sont indiqués par la caution. Cette indication doit se faire en une fois : on y doit comprendre tous les biens du débiteur qu'on veut que le créancier discute. On ne serait pas recevable, après la discussion de ceux qu'on a indiqués, à en indiquer d'autres ; *arrêtés* de Lamoignon, titre des *Discussions*, art. 9 ; arrêt du 20 janvier 1701, rapporté par Bretonnier sur Henrys, t. 4,34.

---

* *Serres*, *Inst.*, *Liv.* 3, *Tit.* 21, *p.* 483. } Cependant les cautions ont deux petits avantages, lorsqu'elles n'y ont pas renoncé ; l'un, dont il est parlé dans ce paragraphe, et qu'on appelle le bénéfice de division, qui consiste en ce que deux ou plusieurs cautions peuvent obliger le créancier à diviser son action contr'elles, et à ne le poursuivre chacune que pour leur part, pourvu que lorsqu'elles demandent cette division, elles soient toutes solvables, et cette exception de leur part peut même être proposée en tout état de cause, suivant la Loi 10. *cod. de fidejussoribus ;* l'autre est le bénéfice d'ordre ou de discussion, qui leur a été accordé par la Novelle 4. *cap.* 1. et par l'authentique, *præsente*, *cod. de fidejus-*

soribus, et qui consiste à ne pouvoir être poursuivies par le créancier qu'après qu'il a discuté et fait vendre tous les biens du débiteur principal, s'il y en a, sans pouvoir en être payé : ce bénéfice d'ordre ou de discussion peut aussi être proposé en tout état de cause, suivant *Dolive*, *liv.* 4. *chap.* 22. mais on ne manque jamais dans les actes de faire renoncer les cautions à l'un et à l'autre de ces bénéfices, et cette renonciation est valable.

---

* *D'Olive*, *Questions notables de droit*, *Liv.* 4, *ch.* 22. } Si les cautions, après que la cause a esté contestée, sont recevables à proposer l'exception de la discussion des biens du debiteur principal.

La loy prenant compassion de ceux, qui par un cautionnement officieux se mettent en peine pour les affaires d'autruy, s'est pleüe de les secourir par trois divers moyens, qui sont autant de graces, et de faveurs que l'equité luy a suggerées dans l'objet d'une si pitoyable infortune.

Premierement elle a voulu, qu'ils ne peussent estre inquietés, ny convenus en justice par le creancier, qu'après la discussion des biens du debiteur principal, et cette faveur, qui est appellée, *beneficium ordinis*, leur fut confirmée par Justinian, qui remit en usage la loy ancienne, qui l'avoit introduit : *Legem antiquam positam quidem olim*, *usu vero nescimus quemadmodum non approbatam*, *per causas autem semper exquisitas*, *atque necessarias apparentem*, *rursus revocare*, *et ad Rempublicam reducere bene se habere putavimus*, dit cet Empereur. C'est de ce benefice que parle Quintilian en une de ses Declamations : *Non aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor,quàm si recipere à debitore non possit.* En quoy neantmoins la caution judiciaire difere des autres cautions, parce qu'elle n'a point ce benefice d'ordre, et de discussion.

En second lieu la loy a voulu qu'en concurrence de divers fidejusseurs, qui sont conjointement et solidairement obligés pour le debiteur principal le creancier soit tenu de diviser son action entr'eux pour leurs portions viriles, s'ils se trouvent

tous solvables : et cette grace, qui fut premierement introduite par l'autorité du Preteur, et depuis confirmée par l'Empereur Hadrian, s'appelle *auxilium divisionis, vel beneficium Epistolæ D. Hadriani.*

En troisiéme lieu elle a ordonné que le creancier recevant payement de toute sa debte par la main d'un des fidejusseurs, fut tenu de luy ceder ses actions contre ses consors ; et ce remede s'appelle *beneficium cedendarum actionum. Fidejussoribus*, dit le Jurisconsulte, *succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum paratus est solvere, cedere ceterorum nomina.* Or si ce premier remede que la loy a appliqué à la misere des fidejusseurs, *qui alieno morbo laborant*, doit estre employé au commencement de l'instance que le creancier forme contr'eux, en telle sorte qu'à faute de s'en estre servis, il ne leur soit plus loisible d'y recourir, c'est chose qui n'est pas sans difficulté. On dit que l'exception que ce benefice leur donne, est dilatoire, et non peremptoire ; que la nature de ces exceptions qui ne periment point, mais qui délayent l'action, est d'estre proposées avant la contestation en cause ; que le fidejusseur, qui defend en jugement, et n'employe point le remede que la loy a inventé pour luy, est censé avoir renoncé à son privilege par son silence, et qu'il n'y peut plus revenir ; veu que ceux qui se sont une fois départis de ce qui a esté introduit en leur faveur, ne sont plus receus par le Droit à reprendre leurs premiers avantages. Cette opinion qui a esté suivie de la pluspart de nos Docteurs, n'est pas pourtant receüe en nos Jugemens. A la verité cette exception est irreguliere, et il depend de l'evenement de la discussion qu'elle soit jugée ou dilatoire, ou peremptoire : si bien qu'on ne la doit pas considerer comme purement dilatoire, mais plustot il la faut prendre comme un remede, et un benefice du Droit, auquel il est permis de recourir en tout temps, et en chaque partie du procez. En effet la condition des fidejusseurs est si favorable, que nonobstant toutes les subtilités du Droit la justice doit estre toûjours en estat de les proteger, lorsqu'ils reclament son secours : *Petitur enim ab illis*

pecunia (dit Quintilian) *quam non acceperunt non consumpserunt, non in ullum rerum suarum usum converterunt. Etiam cùm istud periculum est sponsoris, miserabile est, bonitate labitur, humanitate conturbatur.* Sur ces fondemens, qui ont donné sujet à Balde, et à quelques autres de nos Docteurs, de se départir de l'opinion commune, comme trop aspre, et trop rigoureuse, il fut donné Arrest à mon raport le 3. Juillet 1636. en la deuxiéme des Enquestes, au procez d'entre Maistre François Dexea, et Pierre Rateri, par lequel ledit Dexea, qui n'estant que caution avoit neantmoins souffert pardevant le Seneschal un decret sur ses biens, à la requeste dudit Rateri, sans proposer l'exception de la discussion, fut receu à s'en servir en la cause d'appel.

---

* *Dard, sur art. 2022 C. N.* } L'exception de discussion étant une exception dilatoire, puisqu'elle ne tend qu'à différer l'action du créancier contre la caution, doit être opposée avant la contestation en cause, selon la règle donnée par la *loi* 12, *Cod. de exceptionibus.*

Elle ne peut pas être suppléée d'office par le juge ; c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 1er septembre 1705, cité par Bretonnier sur Henrys, tome II, liv. 4, quest. 148. *Voy.* aussi Guypape, Quest. 94, et Loyseau, traité de l'Action hypothécaire, liv. 3, chap. 8, nombre 26 ; Traité de la Garantie des rentes, chap. 8, nomb. 22 ; et les arrêtés de Lamoignon, part. 3, tit. 24, art. 5.

---

* 3 *Merlin, Rép., v° Caution, § 4, n° 1.* } L'effet d'un Cautionnement est que celui qui s'est obligé pour autrui, doit payer la dette contractée par le principal débiteur, lorsque celui-ci ne l'acquitte point lui-même. Mais comme l'objet du Cautionnement, dans l'intention des parties et dans la nature même des Cautionnemens, est de ne payer qu'autant que le principal débiteur n'est pas en état de le faire ; on accorde à la Caution un bénéfice qu'on appelle de

discussion, c'est-à-dire, la faculté d'exiger que le créancier, avant de la contraindre, discute la solvabilité du débiteur.

Ce bénéfice qui n'était point connu dans le droit ancien, a été introduit par la quatrième novelle de Justinien, qu'on suit parmi nous. *V. Discussion*, n. 2.

Le créancier qui n'est point payé dans le terme convenu par le principal débiteur, peut s'adresser directement à la Caution, sans même que le refus du débiteur de payer, soit constaté par un commandement, parce que toutes les fois qu'il y a un terme dans une obligation, ce terme veut une interpellation, suivant la maxime *dies interpellat pro homine*; néanmoins dans l'usage, on ne laisse pas de faire faire un commandement, quoique cet acte ne soit pas absolument nécessaire.

Lorsque la Caution est attaquée, il dépend d'elle alors de demander la discussion ; car cette discussion n'est due que quand elle est exigée par la caution : le juge même ne peut l'ordonner d'office, suivant que le décide un arrêt du premier septembre 1705, cité par Bretonnier sur Henrys. [*V.* le Code civil, art. 2021 et 2022.]

Mais si la Caution a contesté au fond sur la demande, sans requérir la discussion, elle ne peut plus faire usage de ce bénéfice, suivant l'opinion de Guy-Pape et des docteurs par lui cités ; c'est une exception qui doit se proposer d'entrée de cause. Il y a pourtant un cas où l'on pourrait encore la proposer, celui où, pendant la contestation, il serait survenu des biens au principal débiteur, parceque, si, auparavant, la Caution a négligé de demander la discussion, il est à présumer qu'elle ne l'a fait que par la certitude où elle était que le débiteur n'avait point alors de quoi payer, présomption dont l'effet cesse aussitôt que la fortune du débiteur s'est accrue.

[Disons plus : il n'est pas exactement vrai, en thèse générale, que la discussion ne puisse plus être proposée après les défenses au fond.

En effet, l'exception de discussion est bien *dilatoire* en ce

sens, qu'elle tend à faire suspendre les poursuites dirigées contre la Caution, jusqu'à ce que le débiteur principal ait été discuté ; mais elle est ausssi *péremptoire* en ce que, si le débiteur principal a de quoi payer, elle amène la décharge de la Caution. Aussi Balde, sur la loi dernière, C. *si certum petatur* ; Paul de Castres, sur la loi *pæne*, §. dernier, D. *de Condictione indebiti* ; Zangerus, *de Exceptionibus* ; part. 2, ch. 16, n. 5 ; et Ferrière sur Guy-Pape, §. 94, enseignent-ils que cette exception peut être proposée en tout état de cause ; et d'Olive, liv. 4, chap. 22, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse du 2 juillet 1636, qui l'a ainsi jugé, sur le fondement que " cette exception est irrégulière ; qu'il dépend de " l'événement de la discussion qu'elle soit jugée ou dilatoire, " ou péremptoire ; qu'on ne doit donc pas la considérer " comme purement dilatoire, mais plutôt comme un remède " et un bénéfice du droit, auquel il est permis de recourir " en tout temps et en chaque partie du procès ; enfin, que la " condition des fidéjusseurs est si favorable, que, nonobstant " toutes les subtilités du droit, la justice doit toujours être " en état de les protéger, lorsqu'ils réclament son secours."

Salviat, page 294, atteste qu'on le jugeait ainsi au parlement de Bordeaux ; et il en cite notamment un arrêt du mois d'août 1761.

Telle est aussi l'opinion de Serres, dans ses *Institutions au droit français*, liv. 3, tit. 21, §. 4.

Mais il faut convenir qu'elle est un peu modifiée par le Code civil.

L'art. 2022 de ce Code avait d'abord été ainsi arrêté au conseil d'Etat : *le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal, que lorsque la Caution le requiert.* Mais la section de législation du tribunat y a fait l'observation suivante : " La section propose d'ajouter ces mots : *sur les premières* " *poursuites dirigées contre elle.* Si en effet différentes pour" suites ont eu lieu contre la Caution, sans qu'elle ait requis " la discussion des biens du débiteur, elle est censée avoir " renoncé à la faculté que la loi lui donne. Le créancier ne

" doit pas être le jouet du caprice de la Caution ; il doit pou-
" voir achever la route dans laquelle le silence de la Caution
" l'a laissé avancer."—Cette observation a été adoptée par le conseil d'Etat : les mots, *sur les premières poursuites dirigées contre elle*, ont été ajoutés à l'art. 2022 ; et c'est avec cette addition que le corps législatif a décrété cet article.

Mais, on le voit clairement, il ne résulte pas de cette addition que le Code civil refuse la discussion au fidéjusseur, lorsqu'il ne l'a pas proposée, comme il a été dit plus haut, *d'entrée de cause ;* on doit seulement en conclure qu'il ne peut plus en exciper, lorsqu'il a élevé des contestations propres à faire présumer qu'il a renoncé à cette exception. C'est dans ce sens que le tribunat a proposé l'addition dont il s'agit ; et les mots, *sur les premières poursuites*, qui, évidemment, ne sont pas synonymes de ceux-ci, *d'entrée de cause*, ne présentent pas une autre idée.

Ainsi, nul doute qu'après avoir excipé sans succès de la nullité du Cautionnement, et avoir essuyé un jugement qui l'a déclaré obligatoire, la Caution ne puisse encore invoquer le bénéfice de la discussion.]

Quand le créancier est dans le cas de subir la discussion, cette opération n'est pas bien difficile : il lui suffit de poursuivre son principal débiteur dans son mobilier, et cette discussion se constate par un simple procès-verbal de *carence.*

Si, après ce procès-verbal de défaut de mobilier, la Caution prétend que le débiteur a des fonds en valeur suffisante pour payer, elle est encore en droit de les indiquer au créancier pour les faire vendre ; mais, de crainte que le paiement de celui-ci ne soit retardé par des indications successives, la Caution est obligé de comprendre tous ceux qui sont à sa connaissance, dans une seule et même indication. Ceci fait le sujet d'un des arrêtés du président de Lamoignon. La chose a même été ainsi jugée par un arrêt du 20 janvier 1701, rapporté par Bretonnier sur Henrys. Mais comme une discussion immobilière demande des avances considérables, la Caution est obligée de fournir des deniers suffisans à cet

effet. Il ne faut pas non plus que les biens qu'on indique à discuter soient litigieux et trop chargés d'hypothèques, ni qu'ils soient situés hors du royaume, ou d'une discussion longue et difficile. Au surplus, lorsque cette discussion se fait, c'est toujours aux risques de la Caution qui est dans le cas de suporter tous les frais que cette opération demande.

[*V.* le Code civil, art. 2023.]

Une question qu'agite ici Pothier, est de savoir si le créancier qui a négligé la discussion, est tenu de l'insolvabilité du débiteur, depuis que cette exception a été proposée. L'art. 192 de la coutume de Bretagne porte formellement l'affirmative ; mais nous pensons avec Pothier que la disposition de cette coutume doit être bornée à son territoire. Dès que le créancier a une Caution, il ne doit s'inquiéter que de la fortune de cette même Caution ; et c'est à celle-ci à veiller à ce que le débiteur dont elle est garante, soit toujours en état de faire face à son obligation. Henrys est de ce sentiment, et il l'appuie d'un arrêt rendu dans une espèce approchante : il atteste d'ailleurs que c'était de son temps l'opinion commune du barreau de Paris. Il en serait autrement, si l'on n'était Caution que de ce qui manquerait au créancier, après avoir épuisé le débiteur ; on pourrait reprocher à ce créancier de n'avoir point fait tout ce qui dépendait de lui pour se faire payer.

[L'art. 2024 du Code civil condamne formellement l'opinion de Henrys et de Pothier, et érige en loi générale la disposition de l'art. 192 de la coutume de Bretagne.]

Il y a des cas où le bénéfice de discussion n'a point lieu.

C'est 1° lorsqu'on y a renoncé [*Code civil*, *art.* 2021.] Mais il faut que la renonciation à ce privilège soit formelle ; on l'induirait vainement de ces expressions de style, *promettant*, *obligeant*, *renonçant*, que les notaires sont dans l'usage d'insérer au bas de leurs actes : on sait que ce sont des termes d'habitude qui s'emploient indifféremment dans toutes sortes d'actes, sans savoir souvent ce qu'ils signifient, c'est pourquoi on a sagement adopté cette maxime, que ce qui est pu-

rement de style, ne produit rien : *ea quæ sunt styli, non operantur.*—[C'est ce qui aurait lieu même dans le cas où le notaire, en expédiant l'acte dont la minute ne contient que ces termes de style, aurait consigné en toutes lettres, dans la grosse, la renonciation au benéfice de discussion. Le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par un arrêt du mois de janvier 1574, rapporté dans le recueil de Maynard, liv. 8, chap. 31. Dumoulin, *de Usuris*, part. 7, vers la fin, assure avoir fait juger la même chose au Parlement de Paris. On trouve dans le recueil, de la Peyrère, 1er édition, lettre D, n. 41, un arrêt semblable du parlement de Bordeaux, en date du 20 février 1670. *V. Abréviation.*]

2° Le bénéfice de discussion cesse de plein droit au sujet des Cautions judiciaires : si le principal débiteur ne se libère point, il faut que celui qui a répondu, paye pour lui, sauf son recours. [*Code civil art.* 2042.]

3° Il cesse pareillement à l'égard de ceux qui ont cautionné des billets de commerce, en y mettant leur aval, ou en les endossant. *V. Aval et Endossement.*

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2022 *C. N.* } *Sur les premières poursuites.* Si la caution poursuivie pour le paiement de l'obligation n'opposait pas, avant tout, le bénéfice de la discussion, mais se défendait d'une autre manière, par exemple, en contestant la créance, elle ne pourrait plus revenir sur le bénéfice de discussion, parce qu'elle serait censée y avoir tacitement renoncé. Ce ne serait plus sur les premières poursuites dirigées contre elle, que la caution exigerait la discussion seulement la veille de l'adjudication préparatoire. (Arrêt de la cour de Toulouse du 30 avril 1836. Dall., ann. 1837, II, 117.)—Il résulte bien des dispositions du présent article, que la demande afin de discussion préalable ne pourrait être proposée *en appel.* (Arrêt de la cour de cassation du 27 janvier 1835, ch. req. Dall., ann. 1835, I, 124.)

[ARTICLE 1943.]

1943. La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors du Bas Canada, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

1943. The surety who demands the discussion must point out to the creditor the property of the principal debtor and advance the money necessary to obtain the discussion.

He must not indicate property situated out of Lower Canada, nor litigious property, nor property hypothecated for the debt and no longer in the hands of the debtor.

---

* *C. N.* 2023. } La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisans pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement du Tribunal d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

---

* *C. L.* 3016. } La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisans pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'état, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

---

* 2 *Pothier (Bugnet), Oblig. n°* 412-3-4,557. } 412. La discussion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont hors du royaume. M. de Lamoignon voulait qu'il ne pût même être obligé à la discussion de ceux situés dans le ressort d'un autre parlement ; *Arrêtés de Lamoignon, ibid.*

Le créancier n'est pas non plus obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont litigieux ; car il n'est pas obligé à soutenir des procès, ni à en attendre l'événement pour être payé : c'est encore une suite du même principe, " que la discussion ne doit être ni trop longue ni trop difficile."

Par la même raison, il n'est pas obligé de discuter les biens hypothèqués par le principal débiteur, lorsque le principal débiteur les a aliénés, et qu'ils sont possédés par des tiers ; ce sont au contraire ces tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal et de ses cautions les créanciers qui donneraient contre eux l'action hypothécaire (1) ; *eâd Novel.* cap. 2.

(1) Cette disposition, reproduite par l'art. 2023 du Code civil, précité, ne se comprend pas très facilement : car, si la caution, après avoir payé, est subrogée aux droits du créancier, elle pourra sans aucun doute invoquer les hypothèques qui compétaient à ce créancier, et par conséquent agir hypothécairement contre les tiers détenteurs.

Pourquoi donc, si le débiteur est déjà notoirement insolvable, refuser à la caution le droit d'indiquer au créancier, pour objet de la discussion, les immeubles hypothéqués à la dette, mais qui sont actuellement dans les mains de tiers détenteurs.

En définitive, la caution pour être remboursée de ce qu'elle a payé, atteindra ces mêmes immeubles par l'action hypothécaire, à moins qu'on ne lui refuse la subrogation aux hypothèques du créancier, lorsque les immeubles hypothéqués ne sont plus en la possession du débiteur.

Il ne sera pas inutile de mettre sous les yeux du lecteur la discussion qui a eu lieu sur ce point entre deux membres du Tribunat : Voici comment s'exprimait M. Goupil-Préfeln. " Et qu'importe que ces immeubles " se trouvent dans la possession de telle personne que ce soit, si, comme " le projet le suppose, ils n'ont pas cessé d'être hypothéqués à la dette, " et s'ils le sont encore ?

" Sans cette hypothèque, la caution n'aurait pas consenti l'obligation

Il n'en est pas de même de ceux qui ont succédé à titre universel aux biens du débiteur principal, tels que sont des donataires et légataires universels, même le fisc, lorsqu'il a succédé au débiteur principal à titre de déshérence ou de

" à laquelle elle s'est soumise ; et, de caution simple, elle ne peut de-
" venir caution solidaire, ou, ce qui équivaut, elle ne peut être privée
" du bénéfice de discussion par un acte qui est le fait d'autrui, qu'elle
" n'a pu ni prévenir ni empêcher, et qui ne change rien au sort ni aux
" droits d'aucun des intéressés.

" En effet, le créancier hypothécaire, ni la caution qui ne s'est obligée
" qu'en considération de l'hypothèque, ne peuvent mettre obstacle à
" l'aliénation de l'immeuble hypothéqué. Cette aliénation ne leur pré-
" judicie point, s'ils ont pris les précautions convenables pour conserver
" leur hypothèque."

Voici la réponse du tribun Chabot :

" La discussion qu'il est permis à la caution de demander, ne doit
" être ni longue ni difficile : l'équité le veut ainsi ; les auteurs n'ont
" cessé de le réclamer, et les tribunaux l'ont demandé constamment.

" Ne serait-ce donc pas exposer le créancier à une discussion longue
" et difficile, que de le forcer à discuter des biens qui ne seraient plus
" dans la possession du débiteur ? N'aurait-il pas des contestations sans
" nombre à soutenir et avec les nouveaux détenteurs de ces biens et
" avec les créanciers ? Des demandes en désistement, des expropriations
" forcées, des instances d'ordre, ne sont-ce pas là des procès ? Et pour-
" quoi forcerait-on le créancier à en subir toutes les longueurs et tous les
" désagréments pour les intérêts de la caution ? Ce serait lui faire
" acheter bien cher le bénéfice du cautionnement.

" Il peut y avoir, a-t-on dit encore, une connivence entre le créancier
" et le débiteur.

" Mais la caution n'est-elle pas subrogée à tous les droits du créan-
" cier, et n'est-elle pas déchargée lorsque cette subrogation ne peut avoir
" lieu par le fait du créancier ?

"Le contrat de cautionnement est un acte très utile dans la société ; et
" le moyen le plus sûr d'en multiplier l'usage, c'est de l'organiser de
" manière à ce qu'il inspire une grande confiance au créancier, sans
" l'exposer à des contestations longues et pénibles."

M. Goupil-Préfeln avait déjà répondu par avance : " Le créancier
" hypothécaire ne peut empêcher que, dans le cas d'une expropriation
" forcée, il y ait un état d'ordre, qui aurait également lieu quand le dé-
" biteur serait encore possesseur du bien hypothéqué à la dette. Tout

confiscation (1). Ces successeurs universels *sunt loco hæredis :* ils tiennent lieu d'héritiers du débiteur principal, et ils le représentent ; ils doivent par conséquent être discutés de même qu'aurait dû l'être le débiteur principal, jusqu'à concurrence de ce dont ils sont tenus de ses dettes.

" ce qui l'intéresse c'est d'être employé dans cet état à un rang utile. " L'aliénation ne lui porte aucun préjudice, si son hypothèque a conservé sa date et son privilége."

Malgré ces raisons, l'opinion de M. Chabot l'emporta.

Quant à ce que dit Pothier : " *Que ce sont au contraire ces tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal* " *et* DE SES CAUTIONS, *les créanciers qui donneraient contre eux l'action* " *hypothécaire !* "

Nous ne pouvons admettre qu'il en soit ainsi.

L'art. 2170, C. civ., qui autorise les tiers détenteurs, non personnellement obligés à la dette, à requérir la discussion préalable, n'admet cette exception qu'autant qu'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et ce sont ces mêmes immeubles hypothéqués qui doivent être discutés. L'article ne parle point des cautions. *V.* art. 2170, C. civ.

D'ailleurs que deviendrait, dans l'opinion de Pothier, la subrogation que la loi accorde à la caution, et que lui-même appelle cession d'actions ?

L'art. 2037, C. civ., suppose évidemment que la caution ne s'est obligée qu'en vue des hypothèques, elle n'en peut pas être privée par l'aliénation que le débiteur a faite de l'immeuble hypothéqué : et si elle a le droit d'agir hypothécairement contre les tiers détenteurs, ceux-ci ne peuvent renvoyer le créancier à discuter préalablement la caution, elle se trouverait évincée par le fait indirect de ceux qui lui doivent garantie. Or, *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Nous verrons au n. 557 *in fine*, que Pothier lui-même accorde aux fidéjusseurs le droit de veiller à la conservation des hypothèques sur les immeubles qui sont entre les mains des tiers détenteurs, *en sommant le créancier d'intercepter à leurs risques les tiers acquéreurs* ou *de s'opposer au décret.* Comment concilier cette décision avec celle qui autorise les tiers acquéreurs, poursuivis hypothécairement par le créancier, à renvoyer ce créancier à la discussion préalable des biens de cautions ?

Il nous paraît y avoir contradiction. (BUGNET.)

(1) La confiscation générale est abolie. (Charte, art. 57.) (BUGNET.)

[ARTICLE 1943.]

Lorsque plusieurs débiteurs principaux ont contracté une obligation solidaire, et que l'un d'entre eux a donné un tiers pour caution, on demande si cette caution peut obliger le créancier à discuter, non-seulement celui des débiteurs pour qui elle s'est rendue caution, mais pareillement tous les autres débiteurs principaux ?

Je pense qu'elle le peut : il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner quelle est la raison sur laquelle est fondée l'exception de discussion. Ce n'est point que l'on présume que la caution n'ait eu intention de s'obliger qu'au défaut, et en cas d'insolvabilité de celui pour qui elle a répondu : cette intention doit être exprimée : lorsqu'elle ne l'est pas, elle ne se présume pas, et l'obligation est pure et simple.

Si cette présomption avait lieu dans les cautionnements ordinaires, le droit qu'aurait la caution de renvoyer le créancier à la discussion du débiteur principal, serait un droit qu'elle aurait en rigueur de justice ; le créancier n'aurait pas d'action contre la caution avant que l'insolvabilité du débiteur principal eût été constatée par la discussion (1) : or tous conviennent que l'exception de discussion que la loi accorde à la caution, ne lui est accordée que comme une pure grâce, et que la demande du créancier contre la caution procède en rigueur, et est bien fondée, quoique le principal débiteur soit solvable et n'ait pas été discuté (2) ; il faut donc chercher une autre raison de cette exception de discussion, et il n'y en a pas d'autre que celle-ci, savoir, qu'il est équitable qu'une dette, autant que faire se peut, soit payée plutôt par ceux qui en sont les véritables débiteurs, et qui ont profité du contrat, que par ceux qui en sont débiteurs pour autrui ; qu'il y a toujours du désagrément à payer pour autrui ;

(1) L'obligation de la caution serait alors conditionnelle : la condition devrait être réalisée pour que cette obligation existât. (Bugnet.)

(2) C'est ce qui explique pourquoi le créancier agit d'abord régulièrement contre la caution, et qu'il n'est obligé de discuter le débiteur principal qu'autant que la caution requert cette discussion. *V.* art. 2022, C. civ., (Bugnet.)

c'est pourquoi il est de l'humanité que le créancier, lorsque cela lui est à peu près indifférent, épargne ce désagrément à la caution, et se fasse payer plutôt par ses véritables débiteurs que par elle.

C'est la raison que Quintilien (*déclam.* 273), rend du bénéfice de discussion. Après avoir dit que c'est une chose fâcheuse pour une caution que d'être obligée de payer pour un autre, *miserabile est*, il en conclut qu'un créancier n'a pas bonne grâce à causer ce désagrément à la caution, tant qu'il peut se faire payer par le véritable débiteur : *Non aliter salvo pudore, ad sponsorem venit creditor, quàm si recipere à debitore non possit* (1).

Or il est évident que ces raisons militent pour obliger le créancier, non-sulement à la discussion de celui des débiteurs solidaires pour qui la caution a répondu, mais à celle de tous les codébiteurs principaux : donc la caution est bien fondée à demander la discussion, non-seulement de celui des débiteurs pour lequel elle s'est rendue caution, mais même celle des autres débiteurs principaux. On peut même dire que celui qui s'est rendu caution pour l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, est aussi en quelque façon caution des autres ; car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous (2).

413. La discussion se fait aux risques et périls du fidéjusseur qui a demandé qu'elle fût faite ; et comme celle des biens immeubles ne se peut faire sans de grands frais, le créancier peut demander que ce fidéjusseur lui fournisse des deniers pour la faire. C'est une règle générale pour tous les cas auxquels l'exception de discussion est opposée ; *Journal*

(1) Voilà un texte bien antérieur à la novelle de Justinien, et l'on est bien près de l'exception de discussion, lorsqu'on peut tenir au créancier un pareil langage. (Bugnet.)

(2) Cependant l'art. 2030, C. civ., exige que la caution ait cautionné tous les débiteurs principaux solidaires pour avoir recours contre chacun pour la totalité. (Bugnet.)

des audiences, tom. I, liv. 5, ch. 25 : et c'est une suite de notre principe (1).

414. Il nous reste une question.

Le créancier à qui le fidéjusseur a opposé l'exception de discussion, n'a point jugé à propos de la faire aussitôt, et a laissé passer plusieurs années, pendant lesquelles le débiteur est devenu insolvable : pourrait-t-il, en le discutant depuis qu'il est devenu insolvable, revenir contre le fidéjusseur ?

Je crois le créancier bien fondé, et que la caution ne peut lui opposer aucune fin de non-recevoir sous le prétexte qu'il n'a pas fait assez à temps la discussion des biens du débiteur principal à laquelle il a été renvoyé (2).

La raison est que le droit que donne aux cautions l'exception de discussion qui leur est accordée par la Novelle, se borne à arrêter les poursuites du créancier contre elle, tant qu'il ne s'est pas encore pourvu contre le débiteur principal, et qu'il n'a pas discuté ses biens. Le bénéfice de cette Novelle

(1) *V.* art. 2023, 1re alinéa, C. civ. (BUGNET.)

(2) Le Code n'a point reproduit, et avec raison, cette doctrine. *V.* art. 2024, C. civ.

“ La caution, disait M. Tronchet, doit payer pour le débiteur ; telle “ est la règle générale. Le bénéfice de discussion lui donne seulement “ la faculté de prouver que le débiteur peut payer. La condition de “ cette faculté est d'indiquer les biens et d'avancer les frais de discussion : alors le créancier ne peut se dispenser de prendre sur lui les “ poursuites. Néanmoins la caution n'est pas déchargée ; si les biens “ du débiteur ne suffisent pas à l'acquittement de la dette, elle est forcée “ de compléter le paiement. Ainsi le bénéfice de discussion ne fait que “ suspendre l'action du créancier contre la caution.

“ Cependant le créancier lorsqu'il a reçu l'avance des frais, devient “ son mandataire : de là résulte, non qu'elle soit affranchie de plein droit, “ mais que, si son mandataire néglige de remplir son mandat, il doit “ répondre des suites de son inexactitude ; et alors la caution se trouve “ dégagée envers lui, comme créancier, jusqu'à concurrence de ce qu'il “ a pu recouvrer de la dette.”

Rien n'est plus vrai ; il y aurait iniquité manifeste à rendre la caution victime de l'inertie du créancier. (BUGNET.)

se borne à ce que, comme il y est dit, *Creditor non primùm ad fidejussorem aut sponsorem accedat.* Il suffit donc que le créancier ne poursuive pas les cautions avant que d'avoir poursuivi le débiteur principal, et discuté ses biens ; le créancier peut faire cette poursuite quand bon lui semblera, et rien ne l'oblige à la faire au gré des cautions.

La loi ayant fixé le temps dans lequel un créancier peut exercer ses actions, le fidéjusseur ne peut lui en fixer un plus court que celui que la loi lui accorde : *Nemo invitus agere compellitur ; toto tit.* Cod. *Ut nemo invitus, etc.—Creditor ad petitionem debiti urgeri minimè potest ;* L. 20, Cod. *de Pign.*

Donc si le débiteur principal, à la discussion duquel le créancier a été renvoyé, est, par la suite, devenu insolvable, la caution ne doit pas s'en prendre au créancier qui ne l'a pas poursuivie pendant qu'il était solvable ; le créancier n'y était pas obligé ; et la caution, si elle appréhendait le cas d'insolvabilité qui est arrivé, pouvait obvier à cela, en poursuivant elle-même le débiteur principal, comme elle en avait le droit, aussitôt qu'elle a été assignée ; *infrà*, n. 440.

Henrys, tom. 2, liv. 4, art. 34, est de notre sentiment ; il l'autorise par un arrêt rendu dans une espèce approchante, et il atteste que c'était, de son temps, l'opinion commune du barreau de Paris.

La coutume de Bretagne, art. 192, a une disposition contraire. Je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire. D'Argentré, sur cet article, dit que cette disposition tirée de l'ancienne coutume, a été conservée lors de la réformation, contre son avis.

Nous n'avons traité la question qu'à l'égard des fidéjusseurs ordinaires : mais si le fidéjusseur ordinaire s'était seulement obligé à payer ce que le créancier ne pourrait retirer du débiteur principal, *in id quod servari non poterit*, le créancier qui aurait eu le moyen, pendant un temps considérable, de se faire payer, ne serait pas admis facilement, après que le débiteur, au bout d'un temps considérable, serait devenu insolvable, à donner demande contre ce fidéjusseur (L. 41, ff. *dict.*

tit.) ; parce que ce fidéjusseur, qui ne s'est obligé qu'à ce que le créancier *ne pourrait retirer*, lui opposerait qu'il a pu très facilement retirer du débiteur principal ce qui lui était dû, et qu'en conséquence il ne lui doit rien ; L. 41, ff. *dict. tit.*

557. Lorsque le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir céder aux autres fidéjusseurs, l'action qu'il avait contre l'un d'eux, en déchargeant ce fidéjusseur, ou en laissant donner congé de sa demande contre lui, on doit pareillement décider que le créancier doit être, *per exceptionem cedendarum actionum*, exclu de sa demande contre les autres fidéjusseurs, non pour le total, mais pour la part pour laquelle ils auraient eu recours contre le fidéjusseur déchargé, si le créancier ne s'était pas mis hors d'état de leur céder son action contre lui.

Mais une simple négligence de sa part "de n'avoir pas interrupté les acquéreurs, ou de ne s'être pas opposé aux décrets," ne doit pas lui être imputée ;

1o Parce que n'étant obligé à la cession de ces actions que par une pure raison d'équité, n'ayant contracté à cet égard envers les autres débiteurs et fidéjusseurs aucune obligation précise de les leur conserver, il suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'est-à-dire, qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation ; et il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence ;

2o Les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu, aussi bien que lui, veiller à la conservation du droit d'hypothèque qui s'est perdu : ils pouvaient le sommer d'interrupter à leurs risques les tiers acquéreurs, ou de s'opposer aux décrets (1).

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *no* 86, 87. } 86. Le créancier à qui on oppose la discussion, doit faire vendre les meubles de son débiteur principal et des cautions, ou rapporter un procès-verbal de *carence* des meubles.

Il est obligé aussi de discuter leurs immeubles, mais seu-

(1) *V.* ce que nous avons dit à ce sujet au n. 412 de Pothier, p. 222 note 3, *in fine*. (BUGNET).

lement ceux qui lui sont indiqués par celui qui lui oppose la discussion ; car il n'est point obligé de les connaître (1).

Il en est de même des dettes actives de son débiteur, et même des meubles corporels qui seraient ailleurs qu'en la maison de son débiteur ; le créancier n'étant point obligé de les connaître, n'est obligé de les discuter qu'autant qu'ils lui sont indiqués.

87. Le créancier n'est point obligé de discuter les biens de ses débiteurs et cautions qui sont hors le royaume.

Il n'est point obligé de discuter ceux qui sont litigieux, et dont la propriété est contestée à son débiteur ; car il ne doit pas être obligé d'attendre la fin d'un procès, ni à soutenir le procès.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 24, *art.* 9. } Le créancier n'est tenu de discuter les derniers acquéreurs avant que de s'adresser aux plus anciens, sauf à celui qui est appellé en déclaration d'hypotheque à se pourvoir contre les autres acquéreurs.

---

* 1 *Rogron*, *sur art.* 2023 *C. N.* } *Indiquer au créancier.* Le principe général est que le créancier n'est pas obligé à une discussion qui serait trop difficile.

Avancer les deniers. Parce que la discussion des biens immeubles ne se peut faire sans de grands frais, et qu'il est naturel que toute discussion se fasse aux risques et périls de la caution qui a demandé qu'elle fût faite.

Ni des biens litigieux. Car il n'est pas obligé de soutenir des procès, ni d'en attendre l'événement pour être payé.

---

* *Bousquet*, *Cautionnem.*, *p.* 336-337. } Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que

(1) L'art. 2170, C. civ., n'autorise cette exception de discussion que lorsqu'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du débiteur, et il ne parle que de la discussion de ces mêmes immeubles. (Bugnet).

lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle. (Art. 2022).

Cette exception de *discussion* est toute en faveur des cautions ; et de là il résulte : 1° qu'une caution peut y renoncer ; 2° que les poursuites du créancier contre la caution sont valables si celle-ci ne réclame pas le bénéfice de discussion ; 3° que la caution doit réclamer ce bénéfice dans le principe, toute exception étant couverte par une défense au fond (Treilhard, *Exposé des Motifs.*)

Ainsi, le bénéfice de discussion ne peut plus être invoqué en appel. (Cour de Cass., 27 janvier 1835).

Il en est de même si la caution poursuivie pour le paiement d'une obligation conteste la créance, parce qu'elle est censée avoir renoncé à l'exception. Un arrêt de la Cour royale de Toulouse, à la date du 30 avril 1836, a jugé que cette exception ne pouvait pas non plus être opposée la veille de l'adjudication préparatoire.—La loi, du reste, est bien précise quand elle se sert de ces mots : *sur les premières poursuites.*

" La discussion doit être demandée avant la contestation en cause, dit Denisart (v° *Discussion*). Si elle n'est requise ou opposée qu'après, le juge doit la rejeter, parce qu'elle n'a pas lieu *ipso jure.*" *Voy.* aussi Bretonnier, article *Discussion.*

La caution est censée avoir renoncé au bénéfice de discussion, quoiqu'elle n'ait pas contesté, lorsque, gardant le silence sur les poursuites faites contre elle, elle les a laissé pousser assez loin pour donner lieu de croire au créancier qu'elle renonçait à cette exception : comme si elle a laissé vendre sur saisie-exécution ou sur saisie-brandon ; si elle a laissé prononcer la validité d'une saisie-arrêt faite sur elle ; si, sur une saisie de biens fonds, elle a laissé faire la notification. (Pigeau, *Proc. civ.*, liv. 2, part. 5, tit. 1).

" Mais, observe M. Duranton, tome 18, n. 335, si la caution nie le cautionnement, ou soutient qu'il n'est pas valable, elle ne doit pas être tenue de proposer le bénéfice de discussion sur les *premières poursuites* dirigées contre elle, à peine ensuite d'être déclarée non recevable à le proposer, puisque ce serait

par cela même se reconnaître caution ; ce qu'elle nie." Ainsi, d'après ce commentateur, la caution peut opposer le bénéfice de discussion après le jugement qui a déclaré le cautionnement valable ; mais elle doit l'opposer sur les *premièree poursuites* dirigées contre elle pour mettre ce jugement à exécution. Quant à moi, je pense que si c'est mal-à-propos que la caution a consteste l'existence ou la validité du cautionnement, elle doit être déclarée non recevable à opposer le bénéfice de discussion. (*Voy.* Pigeau).

La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer, ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigeux, ni ceux hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur. (Art. 2023).

Voici comment, sur cet article, le conseiller d'Etat Treilhard s'exprimait : " Suffira-t-il à la caution de dire vaguement qu'elle demande la discussion préalable du débiteur principal, et le créancier ne pourrait-il pas lui répondre qu'il ne connaît pas les propriétés du débiteur ? Il faut donc que la caution indique les biens dont elle réclame la discussion ; c'est son premier devoir : elle doit indiquer, non pas des biens litigieux déjà absorbés par les charges, car le créancier ne trouverait dans cette indication qu'une source de procès, mais des biens libres et qui présentent une garantie du paiement.

" Elle doit indiquer des biens qui ne soient pas dans un trop grand éloignement : nous en avons déjà dit la raison : le créancier a voulu des gages, et des gages à sa portée.

" Enfin, en indiquant ces biens, la caution doit aussi fournir des moyens suffisants pour poursuivre la discussion : le créancier n'avait exigé un fidéjusseur que pour s'assurer davantage un paiement facile, et, lorsque le fidéjusseur réclame une discussion préalable du débiteur, c'est à ses

risques et à ses frais que cette discussion doit être faite : quel avantage tirerait donc le créancier, de la caution, si, pour faire une discussion réclamée par elle, on était obligé d'avancer des sommes excédant peut-être la créance ? "

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2023 *C. N.* } On a suivi l'opinion de M. de *Lamoignon*, dans ses arrêtés, tit. *des Discussions*, art. 9 ; il voulait que le créancier ne fût pas obligé de discuter les biens situés dans le ressort d'un autre parlement.

---

3 *Mourlon, C.N., Tit.* 14, *ch.* 2 *n°* 1136 *et s.* } SECT. I.—DES DIFFÉRENTS BÉNÉFICES DONT JOUISSENT LES CAUTIONS.—1136.— Elles ont : 1° le bénéfice de discussion ; 2° le bénéfice de division ; 3° le bénéfice de subrogation.

§ I.— DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION.—1137.— I. NATURE DE CE BÉNÉFICE, SON ORIGINE, SES MOTIFS.—La caution ayant promis de payer si le débiteur ne paie pas (art. 2011), il semble que son engagement est *conditionnel* et que le créancier ne la peut actionner qu'après avoir exercé contre le débiteur des poursuites judiciaires restées sans succès. Il n'en est pas ainsi cependant : il résulte, en effet, de l'art. 2022, que l'action dirigée contre elle directement, avant toute poursuite contre le débiteur, est valablement, régulièrement intentée. Tout ce qu'elle peut faire, c'est d'arrêter le cours de la poursuite dirigée contre elle, en demandant que le créancier saisisse, préalablement, les biens du débiteur, avec offre d'avancer les deniers suffisants pour suivre ses poursuites.

Cette défense n'est qu'une exception dont l'objet est, non pas de faire tomber, comme étant mal intentée, l'action formée contre elle, mais d'en suspendre l'effet. On l'appelle *exception de discussion.*

Son origine.—Elle était inconnue dans l'ancien droit romain. Introduite par Justinien, elle a été suivie dans notre ancienne jurisprudence et confirmée par le Code.

Ses motifs.— Elle a été introduite parce que, d'une part, elle est conforme à la nature du cautionnement, qui oblige

la caution à payer *à défaut du débiteur*, et que, d'autre part, il est naturel de venir au secours de ceux qui ne se sont obligés que par un sentiment de bienfaisance et de générosité.

1138.—II. A QUELLES CONDITIONS ELLE PEUT ÊTRE EXERCÉE.— Il faut : 1° qu'elle soit, comme toute autre exception, opposée avant toute défense, *in limine litis*. La loi n'a pas voulu que la caution pût, après avoir fatigué le créancier par de longues chicanes, retarder encore le paiement, en le forçant de commencer et de suivre une nouvelle procédure contre le débiteur principal.

2° Que la caution offre de faire l'avance des deniers nécessaires à la discussion. L'exception de discussion, n'étant qu'une faveur d'équité dont la loi fait jouir la caution, ne doit pas être préjudiciable au créancier, et elle eût pu le devenir s'il eût été obligé d'avancer des fonds qui, peut-être, lui sont nécessaires, et dont le remboursement ne serait pas d'ailleurs pleinement assuré.

3° Qu'elle indique au créancier les biens qu'elle veut qu'il saisisse préalablement. Le créancier peut, en effet, ne pas connaître les propriétés du débiteur : c'est à la caution à les lui indiquer.

1139.—III. QUELS SONT LES BIENS DONT LA CAUTION PEUT OU NE PEUT PAS REQUÉRIR LA DISCUSSION PRÉALABLE.—Elle peut requérir la discussion des meubles et des immeubles.

Mais la discussion, ne devant pas être préjudiciable au créancier, ne doit être ni *trop longue*, ni *trop difficile*. En conséquence, la caution ne peut pas faire discuter :

1° Les biens situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être effectué : la discussion qu'il faudrait suivre de loin serait, en effet, longue et difficile ;

2° Les biens litigieux : il ne fallait pas forcer le créancier à subir les ennuis et surtout les retards toujours si préjudiciables d'un procès ;

3° Les biens hypothéqués à la dette, aliénés par le débiteur et possédés par un tiers-acquéreur, parce que, a-t-on dit,

il pourrait encore y avoir lieu à une longue discussion avec les détenteurs de ces biens et avec les créanciers. La saisie des biens hypothéqués et possédés par un tiers-acquéreur est, en effet, plus longue, plus coûteuse et plus difficile, que la saisie des mêmes biens restés en la possession du débiteur (arg. des art. 2169, 2170 et suiv., 2183 et suiv.)

1140.—La caution doit avancer les deniers nécessaires pour suivre la discussion, et indiquer les biens à discuter; mais c'est au créancier à exercer les poursuites. C'est donc sur lui que retomberont les suites de l'insolvabilité du débiteur, *survenue par le défaut des poursuites qu'il était obligé de faire.* On a dû pourvoir à la sûreté du créancier ; il fallait aussi veiller à la sûreté de la caution, et ne pas la rendre victime d'une négligence dont elle n'est pas coupable.

1141.—IV. Quelles cautions ne jouissent pas du bénéfice de discussion.—Ce sont :

1° Les cautions judiciaires (art. 2042) ;

2° Les cautions légales ou conventionnelles qui y ont expressément renoncé, soit dans l'acte de cautionnement, soit postérieurement ;

3° Les cautions qui y ont tacitement renoncé, en s'obligeant *solidairement* avec le débiteur. Dans ce cas, leur engagement est réglé par les principes suivis en matière de solidarité.

Il ne faut cependant pas confondre la personne qui prend dans un acte la qualité de *caution solidaire* avec celle qui prend le titre de *codébiteur solidaire.* A l'égard du créancier, la position de l'une et de l'autre est identique. Mais elle est différente dans leur rapports avec le débiteur : en effet, la qualité de *caution* établit, au profit de celui qui la prend, la présomption légale que la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif de l'individu désigné dans l'acte comme débiteur ; la qualité de *codébiteur* établit, au contraire, contre celui qui est intervenu en cette qualité, la présomption légale que la dette a été contractée dans un intérêt commun à toutes les parties.

La *caution solidaire* peut donc, après qu'elle a payé, recourir pour le tout contre le débiteur, sans être obligée de prouver préalablement qu'elle n'avait aucun intérêt dans la dette ; tandis que le *codébiteur solidaire* ne peut recourir, pour le tout, qu'autant qu'il prouve que la dette avait été contractée dans le seul intérêt de l'autre partie (voy., à ce sujet, le n. 93).

---

* 14 *Pand. frs.*, *sur art.* 2023 *C. N.* } Observez qu'au terme de cet article, le créancier ne répond de l'insolvabilité du débiteur, et ne la supporte que jusqu'à concurrence de la valeur des biens indiqués. Si elle n'absorbe par la dette, la caution est obligée de payer le surplus.

Mais comment doit s'estimer cette valeur? c'est ce que la Loi ne dit pas. Si le débiteur a vendu à vil prix, la caution est-elle obligée de s'y tenir? Il faut répondre que non. Il doivent être estimés par experts.

Quid, si quelqu'un des biens indiqués avaient péri par cas fortuits.

On doit distinguer si l'événement est arrivé peu de tems après que la caution a opposé le bénéfice de discussion, c'est elle qui en doit supporter la perte ; mais si le créancier avait eu le temps de mettre la discussion à fin avant que l'accident arrivât, il doit être à sa charge.

C'est une conséquence des principes adoptés par la Loi nouvelle. La perte que le créancier éprouve est une suite de sa négligence.

Dalloz et Vergé, *sur art.* 2170, *C. N.*, *n°* 11, 13, 18. } 11.—CONDITIONS DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION.—L'exception de discussion accordée au tiers détenteur est plus restreinte que celle qui appartient à la caution : tandis que le créancier qui en est requis par la caution est obligé de discuter tous les biens du débiteur qui lui sont indiqués et qui sont situés dans le ressort de la cour d'appel du lieu où le payement doit être fait (c. civ. 2023), le créancier n'est obligé, sur la demande

du tiers détenteur, qu'à la discussion des immeubles hypothéqués à la même dette qui sont encore en la possession du principal ou des principaux obligés.—J. G. *Priv. et hyp.*, 1926.

13. A part la restriction précédente, les autres conditions imposées à la caution par l'art. 2023 sont également applicables au tiers détenteur.—J. G. *Priv. et hyp.*, 1928.

18. Le tiers détenteur ne pourrait exiger que le créancier hypothécaire fît porter la discussion sur les immeubles hypothéqués à la dette qui se trouveraient dans les mains d'un fidéjusseur, l'art. 2170 ne parlant que des immeubles hypothéqués à la dette qui sont demeurés en la possession du principal ou des principaux obligés, expression qui ne peuvent s'appliquer qu'à des codébiteurs solidaires et nullement à des cautions (Quest. controv.).—J. G. *Priv. et hyp.*, 1917

---

18 *Duranton*, *Du cautionn.*, *n*° 338. } La défense faite à la caution qui invoque le bénéfice de discussion, d'indiquer des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur, est fondée sur la considération que la possession du tiers acquéreur est aussi digne de faveur que l'exercice du bénéfice de discussion ; aussi les lois ont-elles accordé ce bénéfice au tiers détenteur, non personnellement obligé à la dette, lorsqu'il est resté dans la main du principal ou des principaux obligés, des biens hypothéqués à la même dette : il peut en requérir la discussion préalable, selon la forme réglée au titre *du Cautionnement*, et pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage par lui possédé (art. 2170).

Il y a toutefois cette différence, que, lorsque le bénéfice de discussion est invoqué par un tiers détenteur d'immeubles hypothéqués, ce détenteur ne peut requérir que la discussion des immeubles hypothéqués à la même dette qui sont encore dans la main du débiteur ; au lieu que si c'est une caution qui invoque le bénéfice de discussion, elle peut invoquer celle de biens qui ne sont point hypothéqués à la dette,

pourvu, bien entendu, qu'ils soient en la possession du débiteur, et, comme nous venons de le dire, qu'ils ne soient pas couverts d'hypothèques, au profit des tiers, jusqu'à concurrence de leur valeur, ou à peu près. Cette différence ressort évidemment du rapprochement des articles 2023 et 2170, précités. Et quand bien même le créancier aurait aussi hypothèque sur un immeuble qui serait en la possession du débiteur, la caution ne pourrait pas moins indiquer d'autres biens, aussi en la possession de ce dernier, soit que ces biens fussent ou non hypothéqués à la même dette, pourvu qu'ils ne le fussent pas d'abord à d'autres créanciers, jusqu'à concurrence de leur valeur ; en sorte que, sous ce rapport, on peut dire que le bénéfice de discussion a des effets plus larges pour les cautions que pour les tiers acquéreurs d'héritages hypothéqués.

Voy. autorités sur art. 2066.

1944. Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens prescrite en l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue après le défaut de poursuite.

1944. Whenever the surety has indicated property in the manner prescribed by the preceding article, and has advanced sufficient money for the discussion, the creditor is, to the extent of the value of the property indicated, responsible as regards the surety, for the insolvency of the principal debtor which occurs after his default to proceed against him.

[ARTICLE 1944.]

* *C. N.* 2024. } Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites.

---

* *C. L.* 3017.—Semblable au *C. N.*

Vinnius, *Comm.*, *Liv.* 3, *Tit.* 21, *De fidej.*, *p.* 658, 659. } Plures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit. *l.* 3. *C. hoc tit.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promittendi.* 99. unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur ; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint : cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet. Quippe cum horum singuli promittant id, quod reus habet, et quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, et in solidum singuli conveniri possent. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur. *l. si plures.* 26, *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* Estque hoc beneficium,quod vulgo *divisionis* appellatur : competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, pura pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se solu-

turos constituerunt. *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox latius explicabimus.

---

* *Cout. de Bretagne, art.* 192. } Si le plege (le tems de payer échu) fait sommation au créancier de se faire payer sur le detteur, et que depuis icelle sommation, par le défaut et demeure du créancier, les biens du detteur fussent tournés autrepart, le plege n'en est tenu et demeurera quitte.

---

* 2 *Henrys* (*Bretonnier*), *Liv.* 4, *Quest.* 154, *p.* 856. } A l'égard des cautions judiciaires, il est certain qu'elles ne jouissent pas du bénéfice de discussion, ni de division, suivant les arrêts rapportés par M. Louët, let. F, ch. 23.

---

* *Dard, sur art.* 2024 *C. N.. note sur art.* 192 *Cout. de Bretagne, p.* 458. } La décision de cet article est conforme à une disposition particulière de la Coutume de Bretagne, art. 192, qui n'avait pas été admise hors de son ressort. Pothier, dans son traité des Obligations, t. 1, part. 2, ch. 4, nomb. 1414, en fait l'observation, et justifie par les principes du droit romain, l'opinion contraire qu'il atteste être l'opinion commune du barreau de Paris du temps de Henrys. Mais le sentiment des jurisconsultes doit céder devant l'autorité du législateur. *Leg.* 21 *ff. de legibus et constitut. princip.*

Voy. *Pothier, n°* 414, cité sur art. 1942.

---

* 4 *Maleville, sur art* 2024 *C. N.* } Cet article est contraire à l'opinion de *Pothier*, n. 414, qui croit, en principe, que la caution n'a pas de fin de non-recevoir à opposer au créancier. Aussi souffrit-il de longs débats.

On disait pour le créancier qu'il avait le choix d'agir contre

le débiteur ou contre la caution ; que le bénéfice de discussion accordé à la caution n'éteignait point son obligation originaire de payer, si le débiteur ne le faisait pas ; qu'autrement il faudrait dire que le cautionnement consiste à indiquer les biens du débiteur et à faire l'avance des frais de poursuites, ce qui est inadmissible ; que la caution est en faute comme le créancier, d'avoir laissé devenir le débiteur insolvable, puisqu'elle pouvait agir contre lui pour l'obliger à payer.

Pour la caution on disait qu'il fallait ne pas perdre de vue les termes de l'article ; qu'il était dans le cas du créancier auquel on avait non-seulement indiqué des biens, mais fourni de l'argent pour faire la discussion ; que la caution après cela pouvait compter sur les poursuites du créancier ; et que c'était tant pis pour celui-ci s'il avait négligé de les faire.

On proposa de ne rendre le créancier responsable qu'après un délai de trois mois depuis les offres d'argent ; et cette modification fut adoptée ; cependant l'article ayant ensuite été représenté tel qu'il est, il fut admis sans réclamation.

Il faut noter que dans cette discussion, il fut convenu que le créancier ne pouvait pas refuser l'offre des deniers suffisans pour poursuivre, et telle était en effet la jurisprudence. *Voyez Pothier*, au lieu cité.

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2024 *C. N.* } Cet article est contraire à la décision de M. Pothier, *eod.* §. 6. La disposition du Code civil, quoique moins exactement conforme à la rigueur des principes, est plus équitable.

---

* *Bousquet, Cautionn., p.* 337-8. } Mais si la caution doit faire l'indication des biens et avancer les frais, c'est ensuite au créancier à poursuivre. Là commence son obligation : il est de toute justice qu'il supporte la peine de sa négligence ; c'est donc sur lui que retomberont les suites d'une insolvabilité du débiteur, survenue par le défaut des

poursuites qu'il était obligé de faire. On a dû pourvoir à la sûreté du créancier ; il faut aussi veiller à l'intérêt de la caution, et ne pas la rendre victime d'une inertie dont elle ne serait pas coupable. (Treilhard, *Exposé des Motifs.*)

Il résulte de là, que le créancier qui prend sur lui de n'exercer des poursuites que sur une partie des biens du débiteur principal, qui ont été indiqués par la caution, perd son recours contre elle. (Cour de Cass., 8 avril 1835.)

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2024 *C. N.* } *Par le défaut de poursuites.* Une fois les biens indiqués par la caution et les frais de poursuites avancés, le créancier doit faire toutes ses diligences contre le débiteur ; s'il néglige de le poursuivre, et que celui-ci, se hâtant de faire disparaître ses biens, devienne insolvable, le créancier sera responsable de cette insolvabilité, puisqu'elle ne provient que de sa négligence. — QUESTION. *Le créancier qui prend sur lui de n'exercer des poursuites que sur une partie des biens du débiteur principal indiqués par la caution, perd-il son recours contre la caution?* La cour de cassation a consacré l'affirmative : " Attendu, sur le premier moyen, que la question à résoudre ne trouvait pas sa solution dans l'article 2209, C. civ., mais bien dans l'article 2024, et qu'en décidant que, lorsque la caution avait indiqué au créancier qui la poursuivait, les biens du débiteur principal dont elle demandait la discussion, le créancier perdait son recours, s'il prenait sur lui de n'exercer de poursuites que sur une partie des biens indiqués, la cour royale de Pau a fait une juste application de cet article 2024 ; rejette, etc." (Arrêt du 8 avril 1835, ch. req. Dall., ann. 1835, I, 216.)

1945. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette.

1945. When several persons become sureties of the same debtor for the same debt, each of them is bound for the whole debt.

[ARTICLE 1945.]

* *C. N.* 2025. } Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette.

---

* *C. L.* 3018. } Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette, en cas d'insolvabilité de l'une d'elles.

Néanmoins chacune d'elles peut exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division.

---

* *ff. Liv.* 45, *Tit.* 2, *De duob. reis const.*, *L.* 11. } Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eumdem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero extitit, in partes convenire : non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret. (Papinianus).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } On convient qu'il n'y a pas d'inutilité à prendre des copromettans qui soient entr'eux réciproquement fidéjusseurs. C'est pourquoi le stipulant, s'il veut diviser son action (car il n'est pas forcé de la diviser), pourra actionner pour des parts distinctes le même, et comme principal prometteur et comme fidéjusseur d'un autre : de la même manière que si, par des actions séparées, il poursuivoit deux copromettans principaux. (Papinien).

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.* 41, *De fid. et mand.*, *L.* 3. } Non rectè procuratores nostri, si allegationi tuæ fides adesset, audire te noluerunt ex bonis fidejussoris, quæ ad fiscum pervenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire jusserunt : cùm electionis potestas permittatur creditori. Sed cùm duos fidejussores accepisse te proponas : si alter idoneus

est, intelligis te divisa quantitate partem competentem à procuratore nostro petere debere, et adversus alium fidejussorem ejus experiri. Nam licèt significes adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur : tamen nihil hæc res mutat conditionem juris et constitutionem. Nam et cùm hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur. Sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.

Proposit. 17 calend. septembris, Antonino A. III. et Geta III. Coss. 209. (IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } C'est illégitimement que nos procureurs, si vos prétentions étant conformes à la justice, n'ont point voulu admettre vos droits contre les biens du fidéjusseur de votre débiteur, qui sont parvenus au fisc, et qu'ils vous ont répondu que vous deviez poursuivre votre débiteur lui-même : car les créanciers ont le choix de poursuivre ou leur débiteur ou son fidéjusseur. Mais, comme vous observez que vous avez reçu deux fidéjusseurs, vous devez savoir que vous ne pouvez demander à notre fisc que la moitié de la dette, et poursuivre l'autre fidéjusseur pour l'autre moitié, s'il est solvable. Peu importe que vous objectiez que par le titre de l'obligation, les deux fidéjusseurs sont tenus solidairement ; car cela ne peut changer en rien les dispositions des lois. Ils sont tenus solidairement, quand même cette clause n'eût pas été ajoutée ; mais toutes les fois qu'ils sont tous solvables, ils sont tenus de l'obligation chacun pour leur part.

Fait le 17 des calend. de septemb., sous le troisième cons. de l'empereur Antonin et le troisième de Géta. 209. (EMP. SÉVÈRE ET ANTONIN).

---

* *Inst. Liv.* 3, *Tit.* 21,
De fidej., § 4. } Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur (*ex* CAIO ; 3, *inst.* 121). Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex epistolâ divi Adriani compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt (litis contestatæ tempore), partes petere (CAIUS ; *ibid.* — *vid.* SEVER.

et ANTON. *L.* 3 *in fin.* cod. *h. t.* PAPINIAN. *L.* 51, § 1, ff. *eod.*). Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat (*vid.* CAIUM ; *L.* 26, ff *h. t.*). Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit, solvendo non sit ; et sibi imputare debet, cùm potuerit juvari ex epistolâ divi Adriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio. (*ex* CAIO ; *ibid.* 122 ; *vid.* MODESTIN. *L* ff. *h. t.* ALEXAND. *L.* 11, cod. *h. t.*)

Si quis crediderit et fidejussorem...... acceperit...... veniat primum ad eum qui debitum contraxit, et siquidem indè receperit, ab aliis abstineat. Si vero non valuerit à debitore recipere aut in partem aut ir totum, secundùm quod ab eo non potuerit recipere, secundùm hoc ad fidejussorem veniat. (nov. 4, cap. 1, 535.)

Si quis alternâ fidejussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adjecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex æquo conventionem sustinere

Si vero aliquid etiam tale adjiciatur, servari quidem pactum : non tamen mox ab initio in solidum exigi, si quidem idonei sunt et præsentes inveniantur illos periclitari complere singulos in propriâ parte. (nov. 99, cap. 2, 539.)

Ibidem.
Trad. par A. M. Du Caurroy de la Croix. } Lorsqu'il y a plusieurs fidéjusseurs, quel que soit leur nombre, ils sont tenus chacun pour le tout. Ainsi, le créancier est libre de poursuivre pour la totalité, qui bon lui semble. Mais un rescrit de l'empereur Adrien oblige le créancier de poursuivre, pour sa part, chacun de ceux qui se trouvent solvables à l'époque de la contestation en cause. Par conséquent si, à ladite époque, un des fidéjusseurs se trouvait insolvable, sa part retomberait sur les autres. Mais quand le créancier a été payé en totalité par un des fidéjusseurs, celui-ci doit supporter seul la perte, si le débiteur qui l'a cautionné n'était point solvable : et c'est à soi-même qu'il doit l'imputer puisqu'il pouvait invoquer le

rescrit d'Adrien, et demander que l'action ne fut donnée contre lui que pour partie.

Si quelqu'un fait un prêt et reçoit un fidéjusseur, il devra s'adresser d'abord à celui qui a contracté la dette, et s'il est payé par lui, il n'aura aucune action contre les autres. Mais si le débiteur a été dans l'impossibilité de payer, soit pour le tout, soit pour partie, alors le créancier poursuivra le fidéjusseur pour ce qu'il n'aura pu obtenir du débiteur.

Lorsque plusieurs s'obligeront comme fidéjusseurs l'un de l'autre, si l'on n'exprime pas que chacun d'eux sera tenu pour la totalité, ils supporteront la dette entre eux tous par égales portions.

Lorsqu'on l'aura exprimé, la convention aura son effet. Cependant ils ne seront pas immédiatement tenus pour la totalité ; mais, dans le cas où ils seront tous solvables et sur les lieux, ils seront responsables chacun pour sa part.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 416, 535. } 416. Il y a quelques cautions qui ne peuvent pas opposer cette exception ; telles sont les cautions pour les deniers royaux ; *Voyez* Lebret, *Plaidoyer*, 42, *in fin.*

On en exclut aussi les cautions judiciaires ; c'est le sentiment de Basnage.

Les cautions qui par leur cautionnemt ont renoncé à cette exception, ne l'ont pas non plus (1).

Lorsqu'il est porté par le cautionnement " que les cautions se sont obligées *solidairement et comme débiteurs principaux*," cette clause est-elle censée renfermer une renonciation à l'exception de division ?

Ceux qui pensent que cette clause ne renferme pas une renonciation à l'exception de discussion, doivent aussi penser qu'elle n'en renferme pas une à celle de division : mais les

(1) Pour être privées de cette exception il faut ou que les cautions soient solidaires, ou qu'elles aient renoncé à ce bénéfice, ce qui arrive le plus ordinairement. (Bugnet).

raisons qui nous ont porté à croire qu'elle renfermait une renonciation à l'exception de discussion, et que nous avons rapportées, *suprà* n. 408, nous portent aussi à croire qu'elle emporte la renonciation à celle de division.

Enfin les lois refusent l'exception de division aux cautions qui ont commencé par dénier de mauvaise foi leur cautionnement : *Inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum ;* L. 10, § 1, ff. *de Fidej.*

535. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions pour un débiteur, quoiqu'elles aient entre elles le bénéfice de division, néanmoins, tant que le créancier ne les poursuit pas pour le paiement, chacune d'elles ne peut l'obliger de recevoir le paiement pour partie.

La raison est que la dette, à laquelle plusieurs cautions ont accédé, n'est pas de plein droit divisée entre elles : ces cautions n'ont qu'une exception pour faire prononcer la division de la dette ; c'est lorsqu'elles sont poursuivies pour le paiement : mais si elles se trouvent toutes alors solvables, cette exception ne peut point être proposée. La dette, jusqu'à ce temps, n'étant pas encore divisée, c'est une conséquence que le créancier ne puisse être tenu de la recevoir pour partie.

La sommation que la caution non poursuivie fait au créancier de recevoir sa part, si mieux il n'aime la décharger, n'est pas fondée, quelque temps qu'il y ait que cette caution s'est obligée : car ce n'est que contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, et non contre le créancier, que la caution a l'action *mandati*, pour qu'il la fasse décharger.

Cette sommation n'est pas fondée, quand même la caution alléguerait que le débiteur principal et les cofidéjusseurs, quoique encore solvables, commencent à dissiper leurs biens, et qu'elle ne doit pas souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre : cette caution n'a d'autre ressource que de payer toute la dette, et de se faire subroger aux droits et actions du créancier ; Molin., *Tract. de Div. et Ind.* p. 2, n. 54, 55, 56.

Dumoulin, n. 57, va plus loin : quand même l'obligation des cautions serait entre elles divisée de plein droit ; *putà*, si trois personnes s'étaient rendues, chacune pour un tiers, cautions d'un débiteur, il pense que, même en ce cas, la caution qui n'est pas pousuivie pour le paiement, ne peut forcer le créancier à recevoir le paiement de son tiers ; parce que, dit-il, l'obligation des cautions ne doit pas donner indirectement atteinte à l'obligation principale, et la rendre payable par parties, avant qu'elle soit divisée.

Je pense que Dumoulin va trop loin : en effet, cette caution n'étant obligée que pour le tiers, doit avoir la faculté de se libérer en payant ce tiers, qui est tout ce qu'elle doit ; car il est permis à tout débiteur de se libérer en offrant tout ce qu'il doit (1). Je pense même que le débiteur principal qui ne pourrait en son nom payer pour partie, pourrait payer pour l'une des cautions le tiers que doit cette caution (2). Le débiteur ayant intérêt de payer pour cette caution, afin de se décharger de l'indemnité qu'il lui doit, le créancier ne peut refuser ce paiement.

Dumoulin (*ibid.*, n. 50), convient que c'est le sentiment commun des docteurs, quoiqu'il soit d'un avis contraire.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2025 *C. N.* } *A toute la dette.* Il est de la nature du cautionnement de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal ; et par conséquent chacun de ceux qui

(1) En acceptant un pareil cautionnement, le créancier nous paraît avoir consenti à ce que chaque caution pût se libérer en payant le montant de son cautionnement, c'est-à-dire le tiers de la dette principale. (BUGNET).

(2) Nous ne le croyons pas : la convention qui est intervenue entre le créancier et chaque caution et qui règle leurs rapports respectifs, n'a rien changé, rien altéré dans l'obligation du débiteur principal, il doit donc le total et doit payer ce total comme s'il n'y avait pas de caution : il ne doit pas dépendre de lui de payer en une qualité qui peut, jusqu'à un certain point, préjudicier au créancier. (BUGNET).

le cautionnent est censé contracter cet engagement, à moins de déclaration contraire.

---

* *Bousquet, Cautionn.*, *p.* 338. } Cet article a été parfaitement expliqué par le tribun Lahary, dans son discours prononcé au corps législatif ; voici comment s'exprimait l'orateur du Tribunat :

...... " Lorsque plusieurs débiteurs, sans stipuler la solidarité, s'obligent au paiement d'une somme, soit que l'un d'eux en ait seulement profité, soit qu'ils l'aient tous également partagée, l'obligation se divise de plein droit entre eux, et ils ne sont tenus chacun que de sa part et portion.

" Au contraire, lorsque plusieurs fidéjusseurs s'obligent au paiement d'une même dette, sans stipuler le bénéfice de division, leur obligation ne peut être scindée, et chacun d'eux est nécessairement tenu, par l'essence même de l'engagement, de la totalité de la dette."

Mais, dira-t-on, pourquoi cette distinction entre les codébiteurs non solidaires et les simples cofidéjusseurs ? Pourquoi ? La raison en est simple.

C'est que les codébiteurs ne sont censés s'être engagés que pour la partie de la dette qui les concerne individuellement, et que les cofidéjusseurs sont réputés s'être obligés pour le tout, si, dans l'un et l'autre cas, l'acte ne contient pas de stipulation contraire ;

C'est que le cautionnement ayant pour but d'assurer l'exécution de l'obligation principale, doit nécessairement la garantir tout entière ;

C'est, en un mot, que l'engagement du fidéjusseur n'est divisible que lorsqu'il exige qu'il soit divisé, ou que le créancier juge à propos de diviser lui-même son action.

Et la preuve que la loi regarde l'obligation des fidéjusseurs comme indivisible, c'est qu'elle a établi, en leur faveur, le bénéfice de division, ce qui, certes, aurait été bien inutile ou bien superflu, si cette division eût dû s'opérer de plein droit.

[ARTICLE 1945.]

* *Serres, Inst. au Dr. frs.,* *p.* 483. } *Si plures sint fidejussores, singuli in solidum tenentur ; itaque liberum est creditori à quo velit, solidum petere.*

L'on trouve dans cette décision la différence qu'il faut faire entre plusieurs débiteurs d'une même somme et plusieurs cautions : les premiers ne sont pas solidairement obligés, s'il n'y a une clause expresse de solidité, ainsi qu'il a été dit ci-devant sur le Titre XVII. de ce livre ; mais plusieurs cautions sont toujours solidairement obligées envers le créancier, quoiqu'il n'en ait été rien dit dans le contrat, parce qu'elles sont toujours censées s'obliger chacune pour l'assurance de l'entiere dette, et que la Novelle 99 n'a fait aucun changement à leur égard.

Cependant les cautions ont deux petits avantages, lorsqu'elles n'y ont pas renoncé ; l'un, dont il est parlé dans ce paragraphe, et qu'on appelle le bénéfice de division ; qui consiste en ce que deux ou plusieurs cautions peuvent obliger le créancier à diviser son action contr'elles, et à ne le poursuivre chacune que pour leur part, pourvu que lorsqu'elles demandent cette division, elles soient toutes solvables, et cette exception de leur part peut même être proposée en tout état de cause, suivant la Loi 10. *cod. de fidejussoribus ;* l'autre est le bénéfice d'ordre ou de discussion, qui leur a été accordé par la Novelle 4. *cap.* 1. et par l'authentique, *præsente, cod. de fidejussoribus*, et qui consiste à ne pouvoir être poursuivies par le créancier qu'après qu'il a discuté et fait vendre tous les biens du débiteur principal, s'il y en a, sans pouvoir en être payé : ce bénéfice d'ordre ou de discussion peut aussi être proposé en tout état de cause, suivant *Dolive, liv.* 4. *chap.* 22. mais on ne manque jamais dans les actes de faire renoncer les cautions à l'un et à l'autre de ces bénéfices, et cette renonciation est valable.

---

3 *Mourlon, Cod. Nap.,* *n°* 1142 *et s.* } 1142. — I. Généralités. — Lorsque plusieurs personnes s'obligent conjointement par le même acte, chacune d'elles n'est tenue que

pour sa part et portion virile, si elles n'ont pas expressément déclaré s'engager solidairement (art. 1202).

Il n'en est pas de même de plusieurs personnes qui cautionnent conjointement le même débiteur : chacune d'elles est de plein droit tenue *in solidum*. La loi a pensé que le créancier qui n'a qu'un seul débiteur n'a pas entendu fractionner sa créance à l'égard des cautions, et que, s'il en a exigé plusieurs, c'est qu'il a voulu seulement acquérir le plus de garanties possible.

Mais les cofidéjusseurs, quoique tenus *in solidum*, ne sont point des *codébiteurs solidaires* proprement dits. Ainsi, la chose due périt-elle par la faute de l'un d'eux : ceux qui ne sont pas en faute sont libérés (art. 1205).

Le créancier dirige-t-il des poursuites contre l'un d'eux seulement : ces poursuites n'empêchent pas la prescription de courir au profit des autres (art. 1206).

La demande d'intérêts formée contre l'un d'eux ne les fait pas courir contre les autres (art. 1207).

Les codébiteurs solidaires ne jouissent pas du bénéfice de discussion que la loi accorde aux fidéjusseurs.

Enfin, chaque codébiteur solidaire peut être actionné pour le tout, et forcé de payer ; chaque fidéjusseur, au contraire, quoique tenu *in solidum*, peut exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part de chacun. Cette faveur, introduite par l'empereur Adrien, sous le nom de *bénéfice de division*, a été reproduite par notre Code.

1143.—II. Effet du bénéfice de division.—Son effet est de faire prononcer par le juge la division de la dette entre les cautions qui sont solvables, et de restreindre à la part seulement de la caution qui a opposé la division la demande formée contre elle.

Cependant, ce bénéfice n'est pas entièrement destructif de l'obligation *in solidum :* car la division ne s'opère pas de plein droit entre les cautions. Chacune d'elles peut être valablement actionnée pour le tout ; mais, étant ainsi actionnée, elle peut demander que le créancier divise sa demande entre

elle et ses cofidéjusseurs, et qu'en conséquence elle soit autorisée à payer au créancier sa portion, sauf à ce dernier à poursuivre, pour le surplus, les autres cautions.

Bien plus, nous verrons tout à l'heure que, si une seule des cautions est solvable, le principe que chaque caution est tenue pour le tout reçoit alors sa rigoureuse application.

1144.—III. Entre quelles cautions se fait la division.— Elle se fait entre les cofidéjusseurs, *principaux et solvables*, *du même débiteur.* Ainsi, elle n'a pas lieu :

1° Entre la caution et son certificateur : car elle est elle-même un débiteur principal, dans ses rapports avec son certificateur.

2° Entre les cautions particulières de plusieurs débiteurs solidaires : car, si elles ont cautionné la *même dette*, elles n'ont pas cautionné le *même débiteur.*

3° Entre une caution solvable et celle qui ne l'est pas. Ainsi, soient quatre fidéjusseurs. Sont-ils tous solvables : chacun d'eux peut demander à n'être condamné que pour un quart. Trois seulement sont-ils solvables : chacun d'eux peut demander à n'être poursuivi que pour un tiers. Si un seul est solvable, aucune division n'est possible : le fidéjusseur solvable est obligé de payer toute la dette. En un mot, les cautions insolvables au moment de la division ne comptent pas : les insolvabilités antérieures à la division sont donc à la charge des cautions solvables. Mais les insolvabilités survenues depuis sont supportées par le créancier : c'est à lui de s'imputer de n'avoir pas été plus diligent.

Mais quel est le moment précis à partir duquel le créancier répond des insolvabilités ? C'est, dit l'art. 2026, *le moment où la division a été prononcée.* Cependant on décide généralement qu'il ne faut pas rigoureusement s'en tenir à la lettre de ce texte. La caution, dit-on, cesse d'être tenue des insolvabilités, à compter, non pas du jour *du jugement* qui prononce la division, mais du jour *de la demande :* car tout jugement rétroagit au jour de la demande. La caution

doit avoir, par le jugement, tout l'avantage qu'elle aurait eu lors de sa demande s'il n'y avait pas eu de procès.

Au reste, le créancier qui divise lui-même et volontairement son action est censé faire à la caution remise du droit qu'il avait de la poursuivre pour le tout : en conséquence, il ne peut point, sous le prétexte des insolvabilités, *même antérieures*, revenir contre la division qu'il a consentie.

1145.—La division peut se faire entre une caution dont l'obligation est exigible et celle qui jouit d'un terme non encore échu, ou qui n'est obligée que sous une condition suspensive non encore réalisée ; mais le créancier peut revenir contre la caution qui a obtenu la division si, à l'échéance du terme ou au moment de la réalisation de la condition, l'autre caution n'est pas solvable, ou si la condition manque de se réaliser.

1146.—IV. A QUEL MOMENT DOIT ÊTRE DEMANDÉE LA DIVISION.—Nous avons vu que le bénéfice *de discussion* est une exception dilatoire, qui doit être invoquée avant toute défense au fond, *in limine litis*. Le bénéfice *de division*, au contraire, n'est pas une simple exception dilatoire ; c'est une défense péremptaire quant au fond, un moyen libératoire : on peut donc l'invoquer en tout état de cause, même en appel.

1147.—V. A QUI PROFITE LA DIVISION.—A la caution qui l'a fait prononcer. La division prononcée à son profit est, à l'égard des autres, *res inter alios acta :* chacune d'elles reste tenue pour le tout, sous la déduction de la part de celle qui a obtenu la division,—sauf à elle à demander à son tour, quand elle sera poursuivie, le bénéfice de la division.

1148.—VI. QUELLES CAUTIONS JOUISSENT ET QUELLES CAUTIONS NE JOUISSENT PAS DU BÉNÉFICE DE DIVISION.—Ce bénéfice appartient aux cautions conventionnelles, légales ou judiciaires.

Ne peuvent pas le demander : 1° celles qui y ont renoncé, soit dans l'acte de cautionnement, soit postérieurement ; 2° celles qui se sont engagés *solidairement avec le débiteur*.

[ARTICLE 1946.]

1946. Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'aît renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise son action et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Lorsque dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.

1946. Nevertheless each of them may, unless he has renounced the benefit of division, require the creditor to divide his action and reduce it to the share and proportion of each surety.

If, at the time that one of the sureties obtained judgment of division, some of them were insolvent, such surety is proportionately liable for their insolvency ; but he cannot be made liable for insolvencies happening after the division.

---

* *C. N.* 2026. } Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.

Voy. *C. L.* 3018, cité sur art. 1945.

---

* *C. L.* 3019. } Le créancier ne peut plus revenir pour le tout contre celle des cautions qui a demandé la division, lorsque l'autre caution n'est devenue insolvable que depuis.

Il en est de même si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action.

---

* *ff Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fid. et mand.*, *L.* 10 *in pr.* } Si dubitet creditor an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus, paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur in parte, dico audiendum eum esse : ita tamen et si satisdationes offerat, et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, præsto sint. Nec enim semper facilis est nominis emptio, cùm numeratio totius debiti non sit in expedito. (Ulpianus).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Si un créancier doute de la solvabilité des fidéjusseurs, et qu'un d'eux, poursuivi par ce créancier, soit prêt à offrir caution, pour qu'à ses risques et périls on poursuive ses cofidéjusseurs à raison de leur part virile ; je dis qu'il faut l'entendre, mais seulement et s'il offre caution, et que tous les cofidéjusseurs que l'on dit solvables soient sous la main. Car l'achat de la créance n'est pas toujours facile, lorsque le paiement de toute la dette n'est pas sans obstacles. (Ulpien).

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1941, 1945.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*o 425-6. } 425. On a fait une question de savoir si l'exception de division ne pouvait être opposée qu'avant la contestation en cause ?

Quelques anciens docteurs, comme Pierre de Belleperche, Cynus et autres, étaient dans ce sentiment : mais le sentiment contraire, qui est suivie par Vinnius (*Select quæst.* 11, 40), est le plus véritable ; il est fondé sur le texte formel de la loi 10, § 1, Cod. *de Fidej. Ut...dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, antè condemnationem ex ordine solet postulari.*

Il suffit, aux termes de cette loi, de demander la division de l'action avant la sentence, et par conséquent on le peut après la contestation en cause.

En effet, cette exception tient plus des exceptions péremp-

toires que des dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entièrement l'action du créancier contre celui qui l'oppose pour les parts de ses cofidéjusseurs (1).

Le texte des Institutes (*Tit. de fid.*, § 4), sur lequel se fondent ceux de l'autre sentiment, ne prouve rien. Il dit bien que tous les fidéjusseurs doivent être solvables lors de la contestation en cause, pour qu'il y ait lieu à la division de l'action ; mais il ne s'ensuit pas de là que cette division ne puisse être demandée depuis.

La loi 10, § 1, ff. *de Fid.*., où il est dit que la caution qui a dénié son cautionnement, n'est pas recevable à opposer l'exception de division, n'est pas contraire à notre décision : car c'est cette dénégation faite de mauvaise foi qui la rend indigne de cette grâce et non recevable dans cette exception, et non la litiscontestation. La litiscontestation intervenue entre le créancier et la caution, ne suppose pas que la caution ait dénié son cautionnement : elle a pu intervenir sur toute autre chose, *putà*, sur ce que la caution a soutenu la dette acquittée, ou qu'il y avait quelque fin de non-recevoir qui rendait le créancier non recevable en sa demande.

Quelques docteurs ont donné dans l'excès opposé, en décidant que l'exception de division peut être opposée même après le jugement de condamnation, à l'exemple de l'exception *cedendarum actionum*, et des exceptions *SC. Macedoniani et SC. Velleiani.*

(1) Le Code semble exiger, par sa rédaction, que la caution poursuivie pour le tout ne tarde pas à proposer l'exception de division, car il dit : " *Que le créancier divise* PRÉALABLEMENT *son action.*" (*V.* art. 2026, C. civ.)

On comprend au surplus que la caution poursuivie pour le tout, et qui sans raison différerait de proposer l'exception de divison, devrait être considérée comme ayant renoncé à ce bénéfice.

Cependant on ne pourrait pas induire cette renonciation de ce que la caution aurait allégué d'autres moyens de défense par exemple, comme dit Vinnius, " *Si dicat se non teneri, quia rem principalis liberatus sit ;..* " *aut si ex suâ personâ utatur exceptione vel pacti vel jurisjurandi.*" (BUGNET).

Cette opinion est démentie par la loi 10, § 1, Cod. *de Fid.*, où il est dit " que les cautions peuvent proposer l'exception de division avant le jugement de condamnation, *ante condemnationem* " : donc ils ne le peuvent pas après.

A l'égard des exemples qu'on apporte des exceptions qui peuvent s'opposer même après le jugement, la raison est qu'il y a une grande différence entre l'exception de division et l'exception *cedendarum actionum.* Celle-ci n'attaque pas la sentence, ni le droit acquis par cette sentence au créancier ; et lorsque la caution qui a été condamnée envers lui l'a payé, il n'a aucun intérêt à lui refuser la cession de ses actions : au lieu que l'exception de division, si on la proposait après le jugement de condamnation, attaquerait ce jugement, et le droit acquis par ce jugement au créancier, puisqu'elle tend à restreindre à une portion le droit qui est acquis au créancier par ce jugement, d'exiger le total de la dette de la caution qui a été condamnée envers lui.

Quant à ce qui est décidé pour les exceptions *SC. Macedoniani*, *SC. Velleiani*, c'est un droit singulier fondé sur la faveur de ces exceptions et sur une espèce d'intérêt public, *ad coercendos fœneratores, et ad sudveniendum sexui muliebri.* Ce droit singulier ne peut être tiré à conséquence, et ne peut être étendu à l'acception de division, ni aux autres exceptions péremptoires ; *Vinnius.*, *ibid.*

Lorsque le jugement de condamnation est suspendu par un appel, on peut dire qu'il n'y a pas de condamnation, jusqu'à ce qu'il intervienne un arrêt définitif : d'où il suit que la caution peut être admise, en cause d'appel, à opposer l'exception de division. C'est l'avis des docteurs cités par Bruneman, *ad* L. 10, *Cod. de Fid.* : c'est aussi l'avis de Vinnius.

426. L'effet de l'exception de division est de faire prononcer par le juge la division de la dette entre les fidéjusseurs qui sont solvables, et de restreindre par ce moyen à la part seulement du fidéjusseur qui a opposé la division, la demande qui a été donnée contre lui.

Avant que cette division de la dette ait été prononcée par

le juge sur l'exception de division, ou qu'elle ait été faite volontairement par le créancier, par la demande qu'il aurait donnée contre chacun des fidéjusseurs pour sa part (L. 16, Cod. *de Fid.*), chacun des fidéjusseurs est véritablement débiteur du total de la dette.

C'est pourquoi, si l'un d'eux a payé le total, il ne peut avoir contre le créancier aucune répétition des parts de ses cofidéjusseurs (L. 49. § 1, ff. *de Fid.*) : car il devait véritablement le total qu'il a payé, en n'usant pas de l'exception de division dont il pouvait user, *pleniùs fidem exsolvit.*

Mais depuis que la division de la dette a été prononcée, la dette est tellement divisée, que quand même l'un des fidéjusseurs entre qui la dette a été divisée deviendrait depuis insolvable, le créancier n'aurait aucun recours contre les autres pour la part de cet insolvable ; L. 15, § 4, ff. *de Fidej.*

Il reste une question. Si le fidéjusseur qui demande la division de l'action du créancier entre lui et son cofidéjusseur, a payé auparavant une partie de la dette, doit-il payer la moitié de ce qui reste dû, sans rien imputer de ce qu'il a payé ?

Papinien l'avait décidé ainsi ; *eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent.*

Cette décision, quoique conforme à la rigueur du principe, n'a pas été suivie ; il a été trouvé plus équitable d'accorder au fidéjusseur la faculté d'imputer sur la part dont il est tenu de la dette ce qu'il a déjà payé, de ne l'obliger à payer que le surplus de sa part du total de la dette, et de charger de l'autre en entier son cofidéjusseur : *Sed humanius est*, dit l'annotateur, *si et alter solvendo sit, per exceptionem ei qui solvit succurri : eâd.* L. 51, § 1.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2026, *C. N.* } *Au bénéfice de division.* Le bénéfice de division est une exception par laquelle une caution, assignée en paiement de toute la dette, peut demander que le créancier partage son action contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

Survenues depuis la division. Lorsqu'une caution a fait diviser l'action du créancier, elle n'est plus obligée que pour sa part et portion ; elle devient entièrement étrangère au restant de la dette ; en sorte que si le débiteur ou les autres cautions deviennent depuis insolvables, on ne peut avoir contre elle aucun recours, si ce n'est pour sa part et portion.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2026 *C. N.* } C'est une seconde exception introduite en faveur des cautions par l'empereur Adrien, comme nous l'apprend le §. 4 déjà cité, auquel notre article se conforme.

Mais très communément cette exception, ainsi que celle de discussion, demeure sans effet, parce qu'il est presque de style d'y faire renoncer les cautions.

---

* *Bousquet, Cautionn., p.* 338-9. } Dans l'ancienne législation romaine, les cofidéjusseurs, qui s'étaient engagés pour le même débiteur étaient solidairement responsables du montant de l'obligation. Mais l'empereur Adrien apporta une modification notable à cette solidarité, en établissant *le bénéfice de division*, qui n'est autre chose que la faculté accordée aux cofidéjusseurs, de répartir entre eux la dette, pour n'en payer chacun que sa part et portion.

Mais, dit un de nos anciens auteurs, depuis que les notaires se sont fait un style de faire renoncer les parties à tous les bénéfices inventés en faveur des cautions, coobligés et débiteurs, comme à ceux d'ordre, de division et de discussion, on n'en connaît plus les maximes que par les livres qui en font mention.

D'après M. Duranton, ce n'est pas seulement dans le cas où les cautions ont renoncé au bénéfice de division qu'elles ne peuvent l'invoquer ; c'est aussi lorsqu'elles se sont obligées solidairement, soit avec le débiteur, soit entre elles : la solidarité est exclusive de ce bénéfice, d'après l'art. 2021, com-

biné avec l'art. 1203. Cette opinion doit être suivie. (*Voy.* t. 18, n. 43, p. 362.)

Le même auteur pense, avec raison, selon moi, que, si deux personnes ont cautionné une même dette par des actes séparés, le cautionnement donné par la première caution, n'ayant pas été donné en considération de celui donné par la deuxième caution, il n'y a pas lieu au bénéfice de division en faveur de la première caution ; l'art. 2026 suppose, en effet, un cautionnement donné par plusieurs conjointement.

Si le second acte de cautionnement, ajoute M. Duranton, ne rappelle pas le premier, la seconde caution ne peut non plus invoquer la division, mais s'il en est fait mention dans l'acte, ou s'il est mis à la suite du premier et qu'il ne s'agisse pas d'effets de commerce, nous croyons que la seconde caution pourrait demander la division, si toutefois elle n'y avait pas renoncé ; car elle serait bien fondée à dire qu'elle a cautionné en considération de l'autre cautionnement, en vue du bénéfice de division, comme lorsque deux cautions cautionnent par le même acte.

Le bénéfice de division peut être invoqué en tout état de cause, même en appel ; pour le bénéfice de discussion, l'art. 2022 a fixé le moment où il pourrait être opposé, mais la loi n'a rien réglé sur ce point, en ce qui touche le bénéfice de division ; et, dans ce silence, il faut décider dans le sens le plus favorable à la caution. Ainsi, il faut également décider qu'elle ne doit pas non plus, lorsqu'elle invoque le bénéfice de division, avancer des fonds au créancier pour poursuivre les autres cofidéjusseurs. Ceci n'est exigé par l'art. 2023 que pour le bénéfice de discussion.

" Les cautions, disait Treilhard, sans contredit, sont tenues de toute la dette ; " il suit bien de là que si, parmi plusieurs cautions, une seule se trouvait solvable, elle supporterait la totalité de la charge. Mais si plusieurs cautions sont en état de payer, pourquoi le créancier ne demanderait-il pas sa part à chacune ? Il a voulu assurer son paiement, il ne court aucun risque, quand plusieurs des cautions sont solvables ; la

division de l'action ne porte dans ce cas aucun préjudice, et on a pu l'admettre sans blesser l'objet du cautionnement.

L'intérêt du créancier exige seulement que la part des cautions insolvables, *au moment où la division est prononcée*, soit supportée par les autres, et nous en avons fait une disposition précise.

1947. Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.

1947. If the creditor have himself voluntarily divided his action, he can no longer recede from such division, although at the time some of the sureties had become insolvent.

---

* *C. N.* 2027. } Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement, au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.

Voy. *C. L.* 3019, cité sur art. 1946.

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.* 41, *De fid. et mand.*, *L.* 16. } Liberum fuit, antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori : si modo cæteros minùs idoneos existimaret. At nunc post litis contestationem, petitionem divisam reintegrari, juris ratio non patitur.

Proposit. 2 id. jun. Gordiano A. II. et Pompeiano Coss. 242. (IMP. GORDIANI).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } S'il ne croyait pas tous les fidéjusseurs solvables, il était libre au créancier d'en choisir un parmi eux, avant que les poursuites fussent commencées contre tous ; mais maintenant que la

contestation en cause a eu lieu à l'égard de tous, les lois ne permettent pas qu'on poursuive l'un pour le tout, tandis que l'obligation est déjà divisée entre tous.

Fait le 2 des ides de juin, sous le deuxième cons. de l'empereur Gordien et le premier de Pompéien. 242. (EMP. GORDIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 418 *et s.* 427. } 418. Le fidéjusseur peut demander la division de l'action entre lui et les autres fidéjusseurs, qui sont également fidéjusseurs principaux. Il ne pourrait pas demander qu'elle fût divisée entre lui et son certificateur ; car il est lui-même un débiteur principal vis-à-vis son certificateur ; L. 27, § 4, ff. *de Fidejuss.*

419. Il faut aussi que ceux avec qui le fidjeusseur demande la division de l'action du créancier, soient fidéjusseurs du même débiteur. Si deux débiteurs solidaires d'une même dette avaient donné chacun un fidéjusseur, le fidéjusseur de l'un de ces débiteurs ne pourrait pas demander que l'action fût divisée entre lui et le fidéjusseur de l'autre débiteur solidaire ; car, quoiqu'ils soient fidéjusseurs d'une même dette, n'étant pas fidéjusseurs d'un même débiteur, ils ne sont pas proprement cofidéjusseurs ; c'est la décision des lois 43, 51, § 2, ff. *dict. tit.*

420. Enfin il faut que les cofidéjusseurs avec lesquels le fidéjusseur demande la division de l'action, soient solvables ; et ils sont censés l'être, si, ne l'étant pas par eux-mêmes, ils le sont par leurs certificateurs : c'est ce que décide la Loi 27, § 2. *Si quæretur an solvendo sit principalis fidejussor, etiam vires sequentis fidejussoris, ei aggregandæ sunt.*

Au reste, si mon cofidéjusseur était solvable lors de la contestation en cause, et qu'en conséquence, l'action du créancier ait été divisée entre lui et moi ; quoique par la suite, depuis la contestation en cause, il soit devenu insolvable, le créancier ne pourra plus revenir contre moi pour sa part : c'est la décision de Papinien ; L. 51, § 4 et L. 52, § 1.

En cela, l'exception de division diffère de celle de discussion.

La raison de différence vient de la différente nature de ces exceptions. Celle de discussion n'est que dilatoire ; elle ne fait que différer l'action du créancier contre le fidéjusseur, après que le créancier aura discuté le débiteur principal : au lieu que l'exception de division tient de la nature des exceptions péremptoires; elle périme entièrement, lorsqu'elle a lieu, l'action du créancier contre le fidéjusseur qui l'a opposée, pour la part de ses cofidéjusseurs, avec lesquels la division lui est accordée ; et c'est pour cela que le créancier ne peut plus revenir contre lui, quand même les cofidéjusseurs, par la suite, deviendraient insolvables.

Il y a plus : quand même, lors de la demande du créancier, mon cofidéjusseur aurait déjà été insolvable, si le créancier a volontairement divisé son action, en nous demandant à chacun notre part, il ne pourra plus me demander la part de mon cofidéjusseur insolvable (1) : c'est la décision de Gordien en la Loi, 16, Cod. *dict. tit.*

427. Un troisème bénéfice que les lois accordent au fidéjusseur, c'est que, lorsqu'il paie, il peut requérir le créancier de le subroger à tous ses droits, actions et hypothèques, tant contre le débiteur principal qu'il a cautionné, que contre toutes les autres personnes qui sont tenues de cette dette. C'est ce qui résulte de la loi 17, ff. *de Fid.*; L. 21, Cod. *eod. tit.*; et de quantité d'autres textes.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2027 *C. N.* } On demanda que l'amendement adopté sur l'article 2024, c'est-à-dire, le délai de trois mois, dont nous avons parlé sur ledit article, fût admis dans le cas de l'article actuel. On répondit qu'il n'y avait pas de parité, parce que dans l'article 2024 la discussion est obligée pour le créancier, au lieu que dans le nôtre, la division est du fait du créancier lui-même ; mais d'ailleurs on a vu que cet amendement avait été omis, même dans le cas de l'article 2024, dans sa rédaction définitive.

(1) V. art. 2027 C. civ., même décision (Bugnet).

* 14 *Pand. frs.*, *sur art.* 2027 *C. N.* } Cela doit avoir lieu, quand même les cautions se seroient obligées solidairement, car le créancier, en divisant son action, a renoncé à la solidarité. Il en a fait remise.

Voyez le procès verbal, séance du 23 frimaire an XII, tome 3, page 388, sur l'art. 18 du projet de la section de Législation.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2027 *C. N.* } *Il ne peut revenir contre cette division.* Le créancier qui consent à la division doit être assimilé à celui qui renonce à la solidarité, puisqu'en effet les cautions sont solidaires, et que la division détruit la solidarité.

SECTION II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE DÉBITEUR ET LA CAUTION.

1948. La caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur, a son recours pour ce qu'elle a payé pour lui, en principal, intérêts et frais, et aussi pour les frais faits contre elle, et ceux par elle légalement encourus pour et depuis la dénonciation.

Elle a aussi recours pour les dommages s'il y a lieu.

SECTION II.

OF THE EFFECT OF SURETYSHIP BETWEEN THE DEBTOR AND THE SURETY.

1948. The surety, who has bound himself with the consent of the debtor, may recover from him all that he has paid for him in principal, interest and costs, together with the costs incurred against him and those legally incurred by him in notifying the debtor and subsequently to such notification. He has also a claim for damages, if there be ground for it.

---

* *C. N.* 2028. } La caution qui a payé, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu.

---

* *C. L.* 3021. } La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et frais auxquels la caution a été condamnée ; mais, à l'égard de ces frais, le recours n'a lieu, en faveur de la caution, qu'à compter du jour qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites faites contre elle.

---

* *ff. Liv.* 17, *Tit.* 1, *Mand. vel contra*, *L.* 10, § 11. } Fidejussores et mandatores, etsi sine judicio solverint, habent actionem mandati. (Ulpianus).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } Les répondans et les fondés de procuration ont l'action du mandat pour se faire rembourser de ce qu'ils ont payé au créancier, même sans demande judiciaire. (Ulpien).

---

* *Cod. Liv.* 4, *Tit.* 35, *Mand. vel cont.*, *L.* 18. } Post solutionem à se factam, qui dari mutuo mandavit, ab eo pro quo intercessit, vel successoribus ejus, quod solutum est, etiam cum usuris post moram rectè postulat. (Impp. Dioclet. et Maximian.).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Celui qui a mandé qu'on fît un prêt, peut, après avoir payé son mandataire, avec justice demander de celui pour qui il a intercédé, ou de ses héritiers, ce qu'il a payé, avec les inté-

rêts courans, depuis qu'il est ou qu'ils sont en demeure. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

Voy. *Pothier*, *Oblig.*, cité sur art. 1929.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*) *Oblig.*, *nº* 429 *à* 433, 439 *et s.* } 429. Après que la caution a payé, si elle s'est fait subroger aux droits et actions du créancier, elle peut les exercer contre le débiteur, comme le créancier aurait pu faire lui-même. Si elle a négligé d'acquérir cette subrogation, elle ne laisse pas d'avoir de son chef une action contre le débiteur principal, pour se faire rembourser de ce qu'elle a payé pour lui. (1).

Cette action est l'action *mandati contraria*, si c'est au su et au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionné : car ce consentement du débiteur principal renferme un contrat de mandat, suivant cette règle de Droit : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur ;* L. 60, ff. *de Reg. jur.*

(1) *V.* art. 2028 et 2029, C. civ.

Pothier distingue :

Ou la caution s'est fait subroger aux droits et actions du créancier, ou elle a négligé d'acquérir cette subrogation : au premier cas, elle exerce les droits du créancier *contre le débiteur* comme le créancier aurait pu faire lui-même. Si elle n'a pas la subrogation, alors il lui accorde ou l'action de mandat ou de gestion d'affaires.

Le Code, dans les deux art. 2028 et 2029, n'a certainement pas reproduit cette doctrine.

Le 1er alinéa de l'art. 2028, constate d'abord qui a payé a un recours a lieu soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. Evidemment le principe de ce recours est l'exécution d'un mandat, ou une gestion d'affaires, comme l'explique immédiatement Pothier. C'est danc une action que la caution a de son chef.

Puis, le législateur détermine l'étendue, l'objet de cette action.

Et l'article suivant nous parle de subrogation ? Quest-ce donc que cette subrogation ? Ce n'est, et ne peut-être, que l'attribution faite par la loi des accessoires de la primitive crance, à la nouvelle action qui prend naissance dans la caution qui a payé, et qui par le paiement a eteint le droit primitif du crérncier. (BUGNET).

Si la caution s'est obligée pour le débiteur principal sans sa connaissance, elle ne peut pas avoir contre lui l'action *mandati*; mais elle a contre lui l'action *contraria negotiorum gestorum*, qui a le même effet.

430. Il n'importe que la caution ait payé en conséquence d'une sentence de condamnation, ou volontairement et sans sentence : car, en l'un et en l'autre cas, *utiliter debitoris negotium gessit.* Elle a procuré au débiteur la libération de sa dette, et par conséquent il doit la rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour la lui procurer.

Il n'importe que le paiement ait été un paiement réel, ou une compensation, ou une novation. En tous ces cas, la caution a droit de demander que le débiteur principal la rembourse, soit de la somme qu'elle a payée, soit de celle qu'elle a compensée, soit de celle qu'elle s'est obligée de payer pour éteindre l'obligation du principal débiteur.

431. Si le créancier, en considération de la caution, a fait remise de la dette à titre purement gratuit, la caution ne peut rien demander au principal débiteur qui a profité de cette remise, parce qu'il n'en a rien coûté à la caution. Si la remise était faite pour la récompense des services que la caution a rendus au créancier, la caution pourrait se faire rembourser de cette somme par le débiteur principal ; car, en ce cas, il en a coûté à la caution la récompense qu'elle aurait pu espérer de ses services, dont elle souffre la compensation pour la dette de ce débiteur principal à laquelle elle à accédé comme caution. C'est la disposition de la Loi 12, ff. *Mandat.* Et cela est conforme à cette maxime de la loi 26, § 4, ff. *cod. tit. Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quàm quod solverit* (1).

(1) Voilà un principe qui est extrêmement important, et qui établit une des notables différences entre la cession d'action et la subrogation : celui qui est cessionnaire d'un droit peut l'exercer dans sa plénitude sans avoir aucun égard à ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir, il pourrait même en être devenu cessionnaire par l'effet d'une donation : le débiteur

432. Pour que le paiement fait par la caution donne lieu à ces actions, il faut : 1° que la caution n'ait pas par sa faute négligé quelque fin de non-recevoir qu'elle eût pu opposer au créancier ;

2° Que le paiement ait été valable, et ait libéré le débiteur principal ;

3° Que le débiteur principal n'ait pas payé une seconde fois par la faute de la caution.

439. Régulièrement la caution qui a payé peut agir en recours contre le débiteur principal aussitôt qu'elle a payé pour lui ; mais si elle avait payé avant que le terme fût échu, elle ne pourrait agir en recours contre lui qu'après l'expiration du terme ; car elle ne doit pas par son fait le priver du terme dont il a droit de jouir ; L. 22, § 1, L. 51, ff. *Mand.*

440. La caution peut, par l'action *contraria mandati*, ou par l'action *contraria negotiorum gestorum*, agir contre chacun des débiteurs principaux qu'elle a cautionnés, pour la répétition du total de ce qu'elle a payé : car chacun de ces débiteurs principaux étant débiteur du total de la dette envers le créancier, la caution, en se rendant caution pour chacun d'eux, et en payant, a libéré chacun d'eux du total ; et par conséquent elle a droit de conclure solidairement contre chacun d'eux au remboursement du total de ce qu'elle a payé (1), et aux intérêts, du jour de sa demande.

Si, dans ce que la caution a payé, il y avait des intérêts et des arrérages, ces intérêts et ces arrégages forment un capital à l'égard de la caution qui les a payés, vis-à-vis le débiteur pour qui elle les a payés, et les intérêts en sont dus à la cau-

contre qui le droit s'exercera ne peut point rechercher combien le demandeur a dépensé, c'est une opération qui lui est entièrement étrangère.

Au contraire, la caution, et en général quiconque invoque la subrogation, ne peut répéter que ce qu'il a dépensé *non plus consequi debere quam quod solverit.* Elle n'a point voulu spéculer, il suffit qu'elle ne soit pas en perte. (Bugnet).

(1). *V.* art. 2030, C. civ., (Bugnet).

tion du jour de sa demande (1). Arrêt rapporté par Papon, X. 4, 20.

Observez néanmoins que, pour la somme qu'elle a payé pour ces intérêts et arrérages, la caution qui s'est faît subroger aux droits du créancier, sera colloquée sur les biens du débiteur contre qui elle exerce son recours, dans le même rang qu'y serait colloqué le créancier, s'il n'était pas payé : mais à l'égard des intérêts de cette somme, que nous disons lui être dus du jour de sa demande, comme ce n'est que de son chef qu'elle a droit de les prétendre, elle ne sera colloquée que du jour de l'acte d'indemnité passé devant notaire, si le débiteur lui en a passé un ; ou s'il n'y en a point, du jour de la condamnation qu'elle aura obtenue contre lui. (2).

La caution qui exige de l'un des débiteurs principaux qu'elle a cautionné, le total de la dette qu'elle a acquitté, doit céder à ce débiteur, non-seulement ses actions qu'elle a de son chef contre les autres débiteurs, mais aussi les actions du créancier auxquelles elle a dû se faire subroger en le payant (3).

Si la caution, en payant le créancier a négligé de requérir cette subrogation, et qu'elle se soit par là mise hors d'état d'en pouvoir procurer la subrogation à celui des débiteurs principaux de qui elle exige le total de la dette qu'elle a acquittée, ce débiteur pourra, en offrant de la rembourser pour sa part, obtenir, *per oppositam exceptionem cedendarum actio-*

(1) V. art. 1155, C. vic. (Bugnet).

(2) En tant que subrogée, la caution ne peut avoir une collocation hypothécaire plus ample que ne l'aurait eue le créancier primitif. Mais en tant qu'elle a rendu au débiteur un service, et comme ayant droit à la réparation du tort que lui a causé ce service rendu, elle ne peut obtenir de collocation en vertu des hypothèques primitives ; c'est un droit qui est né postérieurement et en la personne de la caution, il lui faut donc une hypothèque de son chef pour cet objet. (Bugnet).

(3) La subrogation aurait lieu de plein droit. *V.* art. 1251, 3e aliéna, C. civ. (Bugnet).

num, le congé de la demande de la caution pour les parts des autres débiteurs principaux.

Cela a lieu si le débiteur avait effectivement intérêt d'avoir la subrogation aux actions du créancier; mais s'il n'avait aucun intérêt à cette subrogation, si la subrogation aux actions que la caution a de son chef lui donne le même avantage sur les biens de ses codébiteurs, que la subrogation aux actions du créancier, en ce cas, il n'est pas recevable à se plaindre que la caution n'ait pas requis, en payant, la subrogation aux actions du créancier, et ne puisse la lui procurer; il est par conséquent non recevable dans l'exception *cedendarum actionum*.

C'est ce qui paraîtra par l'exemple suivant.

Finge. Plusieurs débiteurs ont emprunté solidairement une somme d'un créancier, sous mon cautionnement; et ils m'ont donné chacun un acte d'indemnité devant notaire, de même date que l'obligation qu'ils ont contractée envers le créancier. J'ai acquitté cette dette sans requérir la subrogation aux actions du créancier; j'en demande le remboursement pour le total à l'un des débiteurs. Il est évident qu'il ne peut pas se plaindre de ce que je ne puis lui procurer la subrogation aux actions du créancier; car l'action que j'ai de mon chef contre les codébiteurs, et à laquelle je suis prêt à le subroger, ayant une hypothèque résultant de l'acte d'indemnité de même date que l'hypothèque des actions du créancier; la subrogation à cette action, que je lui offre, lui procure le même avantage sur les biens de ses codébiteurs, que lui aurait procuré la subrogation à celles du créancier, et par conséquent le rend sans intérêt, et non recevable à se plaindre de ce que je ne la lui ai pas pu procurer (1).

Lorsque la caution ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires, et non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre

(1) Au temps où écrivait Pothier, l'hypothèque résultait de tout acte notarié. (BUGNET).

celui qu'elle a cautionné : elle peut seulement, comme exerçant les droits et actions de son débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre eux, et de la même manière qu'il les aurait exercées (1) ; sur quoi voyez *suprà*, n. 281.

441. La loi 10, Cod. *Mand.*, ne reconnaît que trois cas dans lesquels une caution puisse, avant qu'elle ait acquitté la dette, agir contre le débiteur qu'elle a cautionné, pour en être par lui indemnisée. *Si pro eâ contrâ quam supplicas fidejussor, seu mandator intercessiti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare posteà cæpisse comprobare possis, ut tibi justum metuendi causam præbeat ; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et antè solutionem convenire ; nullâ ratione, antequàm satis creditori pro eâ feceris, eam ad solutionem urgeri certum est ; eâd* L. 10.

Le premier cas rapporté dans cette loi, est lorsque la caution a été condamnée à payer , *si neque condemnatus es.*

Selon notre pratique française, la caution n'est pas obligée d'attendre qu'elle ait été condamnée. Aussitôt qu'elle est poursuivie par le créancier, elle peut assigner le débiteur principal comme son garant, pour qu'il soit tenu de l'acquitter : elle doit même le faire ; faute de quoi le débiteur n'est point tenu d'acquitter la caution des frais faits avant qu'il ait été appelé en cause ; mais seulement de l'exploit de la demande originaire, et des frais faits depuis qu'il a été mis en cause (2).

Le débiteur que la caution n'a pas appelé, peut même quelquefois se défendre de l'acquitter du principal, au paiement duquel la caution a été condamnée, lorsqu'il avait de bons moyens de défense contre la demande du créancier, qu'il eût pu opposer, s'il eût été appelé en cause ; *suprà*, n. 432.

Le second cas est lorsque le débiteur principal est en déroute, *neque posteà bona sua dilapidare comprobare possis* :

(1) *V.* art. 1166 et 1251, 3°, C. civ. (Bugnet).

(2) *V.* art. 2032, § 1°, C. civ., *V.* également l'art. 2028, 2ᵉ aliéna (Bugnet).

en ce cas, la caution, quoiqu'elle n'ait pas encore payé peut faire arrêt sur les biens du débiteur principal, afin qu'ils répondent du cautionnement qu'elle a subi pour lui (1).

Le troisième cas exprimé par cette loi, est lorsque le débiteur s'est obligé à rapporter à la caution la décharge de son cautionnement dans un certain temps : en ce cas, après le temps expiré, la caution peut agir contre le débiteur principal, pour qu'il lui rapporte cette décharge, ou deniers à suffire pour payer le créancier (2).

La loi dit, *neque ab initio*, parce que, suivant les principes du droit romain, cette convention devait intervenir dès le temps du mandat ; les conventions qui n'interviennent que depuis le contrat, n'étant que de simples pactes, qui selon la subtilité du droit romain, ne pouvaient pas produire d'action. Voyez *in Pand. Justin. tit. de Pactis*, *n.* 34.

Ces subtilités n'ayant point été reçues dans notre droit, il n'importe que la convention soit intervenue dès le temps du contrat ou depuis.

La loi 38, § 1, *Mand.*, rapporte un quatrième cas ; *si diù reus in solutione cessavit.* Suivant cette loi, quoiqu'il n'y ait aucune clause par laquelle le débiteur principal serait obligé à faire décharger la caution de son cautionnement dans un certain temps ; néanmoins la caution, dont l'obligation dure depuis un temps considérable, peut assigner le débiteur principal à lui en procurer la décharge. La loi, par ce terme *diù*, désigne un temps considérable ; mais elle ne le détermine pas précisément.

Barthole l'arbitre à deux ou trois ans ; plusieurs l'arbitrent au temps de dix ans depuis la date du cautionnement

On ne peut rien définir à cet égard : cela doit dépendre des circonstances, et être laissé à l'arbitrage du juge (3) ; *glos ad dict.* L. 38.

(1) *V.* art. 2032, § 2°, C. civ. (Bugnet).

(2) *V.* art. 2032, § 3°, C. civ. (Bugnet).

(3) *V.* art. 2032, § 5°, C. civ., (Bugnet).

442. Lorsque l'obligation à laquelle une caution a accédé, doit par sa nature durer un certain temps, quelque long qu'il soit, la caution ne peut demander, pendant tout ce temps, que le débiteur principal l'en fasse décharger ; car, ayant connu ou dû connaître la nature de l'obligation à laquelle elle accédait, elle a dû compter qu'elle demeurerait obligé pendant tout ce temps : c'est pourquoi celui qui s'est rendu caution d'un tuteur pour la gestion de sa tutelle, ne peut demander au tuteur, tant que sa tutelle durera, qu'il le fasse décharger de son cautionnement, parce que l'obligation qui résulte de l'administration de sa tutelle, ne peut finir avant la fin de la tutelle (1).

Par la même raison, celui qui s'est rendu caution pour un mari envers sa femme de la restitution de sa dot, ne peut demander à ce mari, tant que le mariage dure, à être déchargé de son cautionnement, parce que l'obligation de la restitution de la dot est de nature à ne pouvoir s'acquitter qu'après la dissolution du mariage.

---

* 15 *Merlin*, *Rép*., *v*° *Intérêt*, § 2, *n*° 10. } Par arrêt du 6 septembre 1723, le parlement de Paris, en infirmant une sentence du bailliage de Moulins, a jugé que les Intérêts d'une somme payée par un tiers détenteur, pour se maintenir dans son acquisition, lui étaient dus par le vendeur, son garant, depuis la date de la quittance.

Il a encore été jugé par le même arrêt que la somme que la caution avait payée à l'acquit du principal obligé, produisait de droit des Intérêts, à compter du jour de la quittance.

[[C'est ce qu'avait déjà jugé un autre arrêt de la même cour du 22 juillet 1682, rapporté au *Journal du Palais ;* et ces décisions sont implicitement confirmées par l'art. 2000 du Code civil, suivant lequel, " l'Intérêt des avances faites par " le mandataire lui est dû par le mandant, à compter du

(1) Cette restriction est indiquée dans le § 5° de l'art. 2032, C. civ. (Bugnet).

" jour des avances constatées"; car la caution est considérée comme mandataire du débiteur principal, à l'effet de payer pour lui ; et cela est si vrai, qu'aux termes du §. 6, Inst. *de fidejussoribus*, c'est par l'action *mandati* qu'il doit demander son remboursement.

Au reste, le mandataire proprement dit doit, de son côté, " l'Intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater " de cet emploi": c'est la disposition expresse de l'art. 1996 du Code civil.

En est-il de même du dépositaire ? *V.* ci-après, § 4, nº 13.]]

---

* 1 *Rogron, sur art.* 2028 *C. N.* } *A son recours contre le débiteur principal.* Cette action en recours, que la caution exerce de son chef, diffère de la subrogation en ce que, 1º la caution, outre le prix principal, peut répéter les intérêts de ces sommes réunies et les frais faits par elle ; 2º en ce que la subrogation ne peut avoir lieu qu'autant que la caution a payé, tandis que l'action en indemnité peut avoir lieu avant le paiement, dans le cas de l'article 2032.

Que pour les intérêts. Ces intérêts courent de plein droit : l'action de la caution est semblable à *l'action contraire* du mandat : or, l'intérêt des avances faites par le mandataire court de plein droit du jour des avances contractées (article 2001).

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2028 *C. N.* } Conforme au § 6, *inst. de fidej.* Non-seulement la caution qui a payé, peut répéter le capital et les intérêts, mais elle peut encore exiger les intérêts de ces intérêts qu'elle a payés, parce qu'ils sont un capital pour elle. Telle était la jurisprudence générale. *Voyez* Dolive, liv. 4, chapitre 32, *in fine ;* Catellan, liv. 6, chap. 8 ; Argou, Serres, etc.

---

3 *Mourlon, Cod. N., nº* 1150 *et s.* } 1150.—I. DES CAS OU LA CAUTION A UN RECOURS.—La caution peut recourir contre le débiteur, toutes les fois qu'elle l'a libéré à ses dépens,

c'est-à-dire soit en payant la dette, soit en l'éteignant au moyen d'une compensation ou d'une novation.

Elle peut même répéter du débiteur le montant de la dette, quoiqu'elle n'ait rien déboursé, si le créancier, voulant lui faire une libératilé, lui a, pour atteindre ce but, fait remise ou donné quittance de la dette.

1151.—II. Des cas ou elle n'a pas de recours.—Elle n'a pas de recours, toutes les fois que, par sa faute, le paiement qu'elle a fait n'a pas été utile au débiteur. Ainsi :

1° Lorsque, étant assignée en paiement, elle ne dénonce pas la demande au débiteur, celui-ci ne sera pas tenu de lui rembourser les frais *postérieurs à cette demande :* le débiteur aurait pu, en effet, s'il eût été averti de la demande, empêcher ces frais en payant le créancier.

2° Elle n'a pas de recours si, ayant payé soit volontairement, soit sur la poursuite du créancier, elle n'a pas dénoncé le paiement qu'elle a fait au débiteur, qui dans l'ignorance de sa libération, a payé une seconde fois. Mais alors la loi la subroge dans la *condictio indebiti*, qui compète au débiteur contre le créancier.

3° La caution qui paie, soit volontairement, soit même sur la poursuite du créancier, sans avertir le débiteur, est encore privée de recours contre lui, s'il prouve qu'il avait des moyens, que la caution n'a pas opposés, de faire déclarer la dette éteinte. Mais alors il lui reste une *condictio indebiti* contre le créancier.

1152.—III. Quand la caution qui a payé peut exercer son recours.—Régulièrement elle peut agir aussitôt qu'elle a payé. Toutefois, si elle a payé avant l'échéance du terme, elle ne peut recourir contre le débiteur qu'après que le terme est expiré : car elle ne peut pas, par son fait, le priver du terme dont il avait droit de jouir.

1153.—IV. Ce que peut réclamer la caution.—Elle peut réclamer : 1° Tout ce qu'elle a payé au créancier à la décharge du débiteur, c'est-à-dire le capital de la dette, et les intérêts quand la dette est productive d'intérêts ;

2° Les frais de l'assignation formée contre elle par le créancier, et même les frais postérieurs à cette assignation, *si elle a pris soin de la dénoncer au débiteur.*

3° Les intérêts de tous ses débours, à compter du jour où elle les a faits : la caution, en effet, est, suivant les cas, le mandataire du débiteur ou son gérant d'affaires, et les intérêts courent de plein droit au profit des mandataires et gérants d'affaires ;

4° Des dommages et intérêts, si le cautionnement est devenu, par la faute du débiteur, nuisible à la caution, par exemple, si ces biens ont été saisis, si elle a été constituée en faillite, parce que le retard du débiteur à la rembourser l'a empêchée de payer ses créanciers. Elle aurait droit à ces dommages et intérêts, lors même qu'elle aurait cautionné une dette *ayant pour objet une somme d'argent*, bien qu'en principe le créancier d'une somme d'argent qui n'est pas payée à l'échéance ne puisse jamais obtenir, à titre de dommages et intérêts, plus que l'intérêt légal de son argent à compter du jour de sa demande en justice (art. 1153) ; mais la loi a dû favoriser la caution, parce que, par sa généreuse intervention, elle facilite souvent d'utiles opérations qui, sans elle, seraient impossibles.

1949. La caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur n'a droit, en payant, de recouvrer que ce que ce dernier aurait été tenu de payer si tel cautionnement n'avait pas eu lieu, sauf les frais subséquents à la dénonciation du paiement fait, qui

1949. The surety, who has bound himself without the consent of the debtor, has no remedy for what he has paid beyond what the debtor would have been obliged to pay had the suretyship not been entered into, saving the costs subsequent to the no-

sont à la charge du débiteur.

Elle a aussi recours pour les dommages auxquels le débiteur aurait été tenu sans ce cautionnement.

tice of payment by the surety, which are borne by the debtor.

The surety has also his recourse for such damages as the debtor would have been liable for in the absence of such suretyship.

1950. La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

1950. The surety who has paid the debt is subrogated in all the rights which the creditor had against the debtor.

---

* *C. N.* 2029. } La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

---

* *C. L.* 3022. } La caution a, pour ce recours, les mêmes actions et le même privilège de subrogation que la loi accorde au co-débiteur solidaire.

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 1, *De fid. et mand.*, *L.* 17. } Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina. (Julianus).

Ibidem Trad. de M. Berthelot. } On a coutume de venir au secours des cautions, en forçant le stipulateur de vendre à celui qui est prêt de payer la totalité de la dette, les actions contre les autres. (Julien).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1948 et *C. C. B. C.*, art. 1156-2066.

[ARTICLE 1950.]

* *Vinnius*, *Com.*, *Liv.* 3, *Tit.* 21, *De fidej.*, *p.* 660. } Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores et possessores pignorum ; sed tunc, cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejussoribus*, 17. *l. cum is.* 36. *l. ut fidejussor.* 39. *hoc tit. l.* 2. *l.* 11. *l mandati.* 14. *C. eod l. Modestinus.* 76. *de solut.*

---

* *Catellan*, *Arrêts*, *Liv.* 5. *ch.* 30, *p.* 281. } Si celui qui paye un créancier de ses deniers, acquiert l'hypoteque de ce créancier, sans subrogation.

De l'acheteur qui paye les créanciers du vendeur, ou les lods de son acquisition, sans subrogation.

On distingue ; lors qu'un tiers qui n'est point créancier paye par ses mains ou par celles du debiteur, il n'entre pas en la place du premier créancier sans convention et subrogation ; mais lors qu'un créancier posterieur paye le premier, *tacito juris intellectu*, sans autre subrogation, il succede en sa place, parce qu'il est presumé avoir fait ce payement, non pour prêter ses deniers, mais pour conserver et augmenter ses hypoteques : C'est ainsi que parle Mr. d'Olive Livre 4. chap. 14. c'est l'usage de ce Parlement ; on peut voir dans cet Auteur les textes sur lesquels il est fondé.

Par la même raison l'acheteur d'un fonds, qui, du prix de son achat, paye les créanciers de son vendeur, entre en leur place et acquiert leur hypoteque sans autre subrogation, suivant la Loy 3. *Cod. de his qui in prior. credit.* L'acheteur dans ce cas fait ce payement, non pour prêter, mais pour payer ce qu'il doit, et s'assurer le fonds acquis par de nouvelles hypoteques : on présume même qu'il y a une tacite convention entre le vendeur et l'acheteur, que celui-cy entrera en la place du créancier qui sera payé de son argent, comme dit Mr. d'Olive au lieu cité, et c'est pareillement nôtre usage : Il y a un Arrêt du 17. Mars 1667. en la Premiere Chambre

des Enquêtes, au raport de Mr. de Cassagnau ; mais le simple Engagiste n'a pas le même avantage pour les sommes qu'il paye aux créanciers du bailleur, et il n'acquiert point leur hypoteque sans subrogation s'il n'est créancier d'ailleurs, comme je l'ai vû decider.

A l'égard des lods que l'acheteur paye au Seigneur directe, il faut decider, qu'il acquiert cette hypotheque privilegiée, sans subrogation, parce qu'il est évident qu'il ne paye pas pour prêter, mais pour conserver la possession de son acquisition, et acquerir un plus grand droit sur ce fonds acquis : et on peut sur ce point considerer les lods comme faisant partie du prix, qui étant employé par l'acquereur du fonds pour le payement d'une hypoteque réelle sur ce fonds, doit lui acquerir cette hypoteque sans subrogation.

L'Arrêt raporté par Mr. de Cambolas Liv. 3. chap. 16. n'est pas contraire, parce que le cas est different ; Un frere qui avoit une métairie en commun avec son frere, avoit payé les deniers Royaux de l'éntiere métairie, les biens de ce dernier étant en distribution, celui-là demandoit d'être alloué par privilege sur cette métairie ; ce qui lui fut refusé, et il ne fut alloué que du jour du payement ; ainsi dans l'espece de cet Arrêt le frere n'avoit nul droit de proprieté sur la portion de la métairie apartenant à son frere, qui fut depuis mise en distribution ; et l'on ne pouvoit donc pas dire qu'il eût fait ce payement pour conserver la proprieté ou la possession de cette portion de son frere, mais seulement pour conserver sa propre portion, d'autant plus que le fisc a ce privilege de pouvoir exiger les tailles entieres de la main d'un des possesseurs ; ce cas est par consequent bien different de celui de l'acheteur d'un fonds, qui paye les lods de son acquisition pour conserver la proprieté et la possession du fonds acquis, en prenant l'investiture du Seigneur directe, et lui payant les lods à cet effet.

Conformément à cette doctrine il y a plusieurs Arrêts qui ont alloué l'acheteur par privilege pour les lods, quoi qu'il n'y eût point de subrogation. Il y en a un du 23. Decembre

1669. en la Grand'Chambre au raport de Mr. d'Olivier, par lequel Me. de Richard, acquereur d'une métairie dépendante de la distribution des biens de Pierre Bernard, a été alloué par privilege, sur la vente separée de cette métairie, pour la somme de 500. liv. des lods qu'il avoit payées de son acquisition, sans avoir stipulé de subrogation. Le même Arrêt alloua les interêts de ces lods en dernier rang, et par concours avec les interêts des autres créanciers, parce que le Seigneur n'a pas lui-même de privilege pour les interêts des lods ; d'ailleurs l'acheteur n'étant alloué qu'en dernier rang pour les interêts du prix de la vente ; il ne seroit pas à propos de l'allouer par privilege pour l'interêt des lods.

Il y a un pareil Arrêt, rendu aussi au raport de Mr. d'Olivier dans la distribution des biens de Guillaume Guibal, ou d'Entraygues fut alloué, sur la vente separée des biens qu'il avoit acquis de Guibal, pour les lods de cette acquisition, quoi qu'il n'y eût qu'une quittance privée du Seigneur sans aucune subrogation. La justice de cette decision est sensible, puis qu'un créancier posterieur entre sans subrogation dans le droit et la place du créancier qu'il paye volontairement ; A combien plus forte raison l'acquereur payeur, contraint et forcé des lods, doit-il, sans subrogation en acquerir le privilege.

Autre pareil Arrêt en la Grand'Chambre le 14. Decembre 1669. après partage, Raporteur Mr. de Maniban Casaubon, Compartiteur Mr. de Senaux.

---

* 32 *Merlin*, *Rép.*, *v^is Subrog. de personne*, *sect. II*, § *V*, *n°* 1. } Dumoulin a soutenu, dans sa quatrième leçon de Dole, que le paiement fait par un co-débiteur solidaire, de ce qu'il doit avec d'autres ou pour d'autres, le subroge de plein droit aux priviléges et hypothèques du créancier ; et cette opinion a été suivie par Bourjon, *Droit commun de la France ;* par Raviot, *Observation sur Périer ;* par Thibaut, *Traité des Criées ;* et par plusieurs autres auteurs.

" Mais, dit Pothier (*des Obligations*, n. 280), elle n'a pas prévalu ; et l'on a continué d'enseigner dans les écoles, et de pratiquer au barreau, qu'un co-débiteur solidaire, de même que les cautions, n'étaient subrogés aux actions du créancier, que lorsqu'ils avaient acquis la Subrogation. La raison en est que, suivant un principe avoué par Dumoulin lui-même, il ne se fait point de Subrogation de plein droit, à moins que la loi ne s'en explique : or, Dumoulin ne peut trouver aucun texte de droit qui établisse en ce cas la Subrogation. La loi 1, §. 13, D. *de tutelâ et rationibus distrahendis*, qui est le principal fondement de son opinion, ne l'établit point... ; elle suppose au contraire que la Subrogation ne se fait pas de plein droit. C'est ce que suppose aussi la loi 76, D. *de solutionibus*...... La loi 39, D. *de fidejussoribus*, et la loi 11, C. au même titre, souffrent encore moins de réplique : ces lois décident que le fidéjusseur qui a manqué, en payant, de se faire subroger, n'a pas d'action contre ses co-fidéjusseurs ; ce qui prouve bien clairement qu'il n'est pas subrogé de plein droit, sans requérir la Subrogation ; car s'il l'était, il aurait été inutile de consulter l'empereur Alexandre, pour savoir s'il avait une action

" En vain dit-on pour l'opinion de Dumoulin, que le débiteur solidaire ayant le droit de se faire subroger aux actions du créancier contre ses co-débiteurs, il ne doit pas être présumé avoir renoncé à ce droit.

" La réponse est que ce droit consistant dans une simple faculté qu'il y a de requérir la Subrogation, dont il peut user ou ne pas user, il ne suffit pas qu'il ne soit pas présumé avoir renoncé à son droit : il faut qu'il paraisse avoir usé de cette faculté ; ce qui ne parait pas, s'il ne l'a point déclaré. Le débiteur qui paie, ayant un autre motif pour payer que d'acquérir la Subrogation, savoir, celui d'éviter les contraintes du créancier, et de libérer sa personne et ses biens, le paiement qu'il fait sans requérir la Subrogation, n'établit pas qu'il ait voulu autre chose que se libérer, et qu'il ait voulu acquérir la Subrogation. D'ailleurs, quand on sup-

poserait une volonté de l'acquérir, cette volonté, gardée audedans de lui, ne serait pas suffisante ; son droit consistant dans la faculté de requérir la Subrogation, ne peut avoir lieu qu'il ne l'ait requise."

Renusson enseigne la même chose dans son *Traité de la Subrogation*, chap. 7, n. 68 : " Quand plusieurs (dit-il) se sont " obligés de payer une même somme pour une même cause, " s'ils se sont obligés solidairement les uns pour les autres, " chacun des co-obligés est contraint de payer le tout ; mais " chacun n'est débiteur principal que de sa part, et est cau- " tion des autres pour leurs parts ; l'un payant la somme " entière volontairement ou par contrainte, il doit stipuler " la Subrogation ; autrement, il n'a que l'action *mandati*, ou " l'action *negotiorum gestorum*, pour répéter des autres ce " qu'il a payé pour eux."

Telle est encore la doctrine de Rousseaud de Lacombe, au mot *Subrogation*, n. 10 ; " L'un des co-obligés solidairement " n'est subrogé de plein droit, soit qu'il paie contraint ou " non ; il n'a que l'action *mandati*, s'il n'a Subrogation ex- " presse."

L'annotateur de Renusson, Pothier, Denisart et plusieurs auteurs, citent, en faveur de cette opinion, un arrêt du parlement de Paris, du 26 août 1706, qui est rapporté au *Journal des Audiences*.

Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, il s'agissait de savoir si un fidéjusseur qui avait payé par contrainte une dette fiscale, avait acquis de plein droit la Subrogation aux droits et actions du fisc contre les autres cautions. On disait pour l'affirmative, qu'il y avait une grande différence entre la caution qui paie volontairement le créancier, et celle qui ne paie qu'en conséquence d'une contrainte ; que, dans le premier cas ; il faut absolument requérir et stipuler la Subrogation ; mais qu'il n'en est pas de même dans le cas de la contrainte, parceque la loi soumettant la caution à la nécessité de payer, lui accorde en même temps un recours qui opère la Subrogation de plein droit. On ajoutait que la per-

sonne contre laquelle on prétendait agir par Subrogation, n'était point une caution ordinaire ni volontaire, mais une caution forcée, qui avait contracté avec la justice, en s'obligeant formellement de réprésenter un prisonnier quand la justice l'ordonnerait. Malgré ces raisons, l'arrêt a jugé qu'il n'y avait point de Subrogation.

Mais comme l'observe Boullenois, *Traité des Statuts personnels et reels*, tome 1, page 656, il n'a point décidé la question *in thesi ;* le fidéjusseur, qui se prétendait subrogé de plein droit, avait cautionné avant celui contre lequel il voulait faire valoir sa Subrogation, et par un acte séparé : ainsi il ne pouvait pas dire qu'il ne s'était obligé que dans l'espérance de partager avec lui la perte qui pouvait arriver ; et le seul point jugé par l'arrêt, " est qu'il n'y a pas de Subrogation de droit, au profit d'une caution, contre d'autres " cautions qui ne sont point co-fidéjusseurs avec lui ; espèce " qui diffère *toto cœlo* de la première."

Mais si cet arrêt est étranger à notre question, il en est d'autres qui l'ont décidée formellement.

En voici un du parlement de Toulouse, rapporté par Cambolas, liv. 3, chap. 16. Catellan, liv. 5, chap. 31, le propose comme une objection à la maxime qu'un acquéreur est subrogé de plein droit aux créanciers hypothécaires qui ont été remboursés avec le prix de son acquisition ; et il y répond en ces termes :

" Un frère qui avait une métairie en commun avec son frère, avait payé les deniers royaux de l'entière métairie ; les biens de ce dernier étant en distribution, celui-là demandait d'être remboursé par privilége sur cette métairie, ce qui lui fut refusé, et il ne fut colloqué que du jour du paiement.

" Il est répondu que, dans l'espèce de cet arrêt, le frère n'avait nul droit de propriété sur la portion de métairie appartenant à son frère, qui fut depuis mise en distribution ; et ainsi, on ne pouvait pas dire qu'il eût fait ce paiement pour conserver la propriété ou la possession de cette portion de son frère, mais seulement pour conserver sa propre por-

tion ; d'autant plus que le fisc a ce privilége de pouvoir exiger les tailles entières de la main d'un des possesseurs. Ce cas est donc bien différent de celui de l'acheteur d'un fonds qui paie les lods de son acquisition, pour conserver la propriété et la possession du fonds acquis, en prenant l'investiture du seigneur direct, et lui payant les lods à cet effet."

A cet arrêt, qui paraît très-décisif, j'en ajouterai un autre que j'ai fait rendre au parlement de Flandre.

Le sieur Lemoine, Bourgeois de Valenciennes, s'étant engagé dans une société, avait cédé une portion de son intérêt au sieur Tribout, négociant dans la même ville. La Société emprunta de la veuve Biziaux et de la demoiselle Flory différentes sommes que le sieur Le moinerembourse purement et simplement. Par la suite, le sieur Tribout devint insolvable, et fit un abandonnement de tout son actif à ses créanciers. Ceux-ci passèrent un contrat d'atermoiement, et il fut question de le faire souscrire par le sieur Lemoine.

Sur son refus, procès au siége échevinal de Valenciennes, où il prétendit être subrogé de plein droit au privilége d'*ayuwe*, qu'avaient, en vertu de leurs contrats, les deux créanciers qu'il avait remboursés ; et il le fit juger ainsi par sentence du 17 novembre 1780.

Sur l'appel, il faisait principalement valoir les art. 5 et 6 du chap. 115 des chartes générales de Hainaut, Voët, sur le digeste. liv. 45, tit. 2, n 7, et la simplicité, la bonne foi qui doivent régner dans toutes les affaires de société.

Voici en substance ce que je répondais pour les syndics des créanciers :

" Que disent les art. 5 et 6 du chap. 115 des chartes générales ? Que dit Voët lui-même ? Rien autre chose, si ce n'est que le débiteur solidaire ou associé, qui a payé la totalité d'une dette, a son recours contre ses co-obligés. Nous ne contestons point ce recours, mais nous soutenons, et il est certain, qu'on ne doit pas lui accorder, de plein droit et sans clause expresse, les priviléges qui étaient attachés à l'action

éteinte par le paiement. En veut-on une preuve sans réplique ? Il ne faut qu'ouvrir le *Code Faber* à l'endroit cité par Voët : le président Fave y dit nettement, déf. 1, que *uni ex correis debendi qui totum solvit, datur regressus contrà correos :* voilà pour le recours simple ; et il ajoute, déf. 14, que *nulla cessio fieri potest correo debendi qui totum solvit, nisi fiat in ipsâ solutione aut præcedente pacto cedendarum actionum :* voilà pour le recours privilégié. Il ne peut, comme on voit, avoir lieu en vertu d'une stipulation faite après coup; à plus forte raison ne peut-on pas l'admettre de plein droit. C'est précisément la conséquence qu'établit le président Favre, et il l'appuie d'un arrêt rendu au sénat de Chambéri, le 1er février 1603.

" A l'égard de la bonne foi et de la simplicité qui doivent régner dans toutes les affaires de société, on pourra bien, lorsqu'on réformera notre Code, les proposer comme des considérations propres à faire sous-entendre la clause de Subrogation dans tous les paiemens que les associés font les uns pour les autres ; mais dans l'état actuel de la jurisprudence, quel effet peut-il en résulter ? Ce n'est point par des raisons de convenance qu'on établit des priviléges, c'est par des lois ; et il n'y a bien sûrement aucune loi qui déroge en faveur des associés, à la règle exclusive de tonte Subrogation, lorsqu'il ne s'agit pas d'un paiement fait, soit par un créancier hypothécaire, soit par un tiers acquéreur, à un créancier hypothécaire.

" La déclaration du 13 juin 1705 (rappelée ci-dessus, §. 2) suffirait seule pour trancher la question. Si, pour établir une Subrogation légale à un simple droit de contrainte par corps, à un privilége qui ne porte aucun préjudice aux créanciers du débiteur, et n'affecte que sa personne, il a fallu déployer tout l'appareil de la puissance législative ; si même le souverain a cru devoir, à cet égard, laisser subsister en certains points les bornes posées par les principes, comment ose-t-on ici soutenir sérieusement qu'un paiement pur et simple emporte de plein droit Subrogation à un privilége réel,

à une hypothèque, à un titre de préférence, qui dépouille une foule de créanciers pour donner tout à un seul ?"

Sur ces raisons, arrêt du 27 juillet 1782, au rapport de M. Durand d'Elecourt, qui " met l'appellation et la sentence " dont a été appelé au néant, en ce que par icelle lesdits " syndics ont été condamnés à payer audit Lemoine, comme " créancier par *ayuwes*, les capitaux deniers des rentes cons- " tituées les 26 mars et 17 octobre 1761, au profit respectif " de N...... Flory et N...... veuve Biziaux, et aux dépens ; " émendant quant à ce, ordonne que lesdites rentes, tant en " principaux qu'en cours, seront remboursées audit Lemoine " jusqu'à concurrence des part et moitié mentionnées en la- " dite sentence, *et ce sans privilège ni préférence, conformé-* " *ment à l'acte d'accord passé entre les créanciers* dudit Tri- " bout, le 3 juillet 1778."

D'après des décisions aussi formelles, il ne peut être douteux qu'il ne faille une Subrogation expresse au co-débiteur solidaire qui veut, en acquittant la dette commune, se conserver les hypothèques qui y sont attachées.

(Le Code civil en décide autrement. (*V.* ci-devant, §. 2, n. 3).

Mais sa disposition sur ce point est tellement regardée comme introductive d'un droit nouveau, que la cour de cassation croit devoir maintenir les arrêts qui la jugent inapplicable aux paiemens faits avant la promulgationde ce Code.

Le 12 janvier 1793, Michel Jacquemin et Dominique Jacquemin, son frère, reconnaissent par acte notarié, l'un qu'il doit aux hospices de Nanci une somme d'argent, l'autre, qu'il se porte caution du paiement de cette somme. Dans la suite, Dominique Jacquemin paie la dette de son frère, sans se faire subroger à l'hypothéque des hospices. Quelque temps après, le prix de l'immeuble qui avait été grevé de cette hypothèque, est mis en distribution. Le sieur Pierre, créancier de Dominique Jacquemin, prétend, en cette qualité et comme exerçant les droits de son débiteur, se faire colloquer à la date de l'hypothèque des hospices, hypothè-

que, dit-il, dans laquelle Dominique Jacquemin a été subrogé de plein doit par le paiement qu'il a fait de la dette qu'il avait cautionnée. Les créanciers de Michel Jacquemin soutiennent qu'il n'y a pas eu de Subrogation au profit de Dominique, et font valoir toutes les autorités ci-dessus rappelées.

La cour d'appel de Nanci rejette la prétention du sieur Pierre, mais elle motive fort singulièrement son arrêt : elle reconnaît que Dominique Jacquemin a été subrogé de plein droit à l'hypthèque des hospices ; mais elle déclare que le bénéfice de cette Subrogation lui était absolument personnel, et que ses créanciers ne sont pas recevables à s'en prévaloir.

Le sieur Pierre se pourvoit en cassation, et soutient que, par cet arrêt, la cour d'appel de Nanci a violé les art. 2029 et 1166 du Code civil " aux termes de l'art. 2029 (dit-il), la caution qui a payé la dette est subrogée de plein droit aux actions du créancier contre l'obligé principal. L'art. 1166 déclare que les créanciers peuvent exercer tous les droits, et actions de leurs débiteurs, il n'en excepte que ceux exclusi vement attachés à la personne ; mais un droi de Subrogation légale n'est pas de la nature de ceux qu ne peuvent être exercés que par le débiteur personnellement

" Ainsi, dès l'instant que la cour d'appel reconnaissait elle même que la Subrogation avait eu lieu au profit de Domi nique Jacquemin, aux termes de l'art. 2029, elle devait, par une conséquence nécessaire de l'art 1166, admettre le créancier de celui-ci à l'exercice de ce même droit de Subrogation. En jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles cités du Code, et son arrêt ne peut échapper à la cassation."

Par arrêt du 1er septembre 1808, au rapport de M. Borel, et sur les conclusions de M. Daniels.

" Attendu que la cause ayant son origine antérieurement à la publication du Code civil, ne pouvait être jugée d'après les dispositions de l'art. 2029 de ce Code ; que, sous la législation qui a précédé la publication du Code civil, aucune disposition formelle de la loi n'avait accordé la Subrogation *ipso jure* à la caution qui paie pour l'obligé principal ; qu'il

n'existait, sur ce point de droit, ni la série de décisions conformes, ni l'unanimité des opinions des jurisconsultes, qui pourraient constituer une jurisprudence constante ; ce qui suffit pour éloigner le reproche de contravention à une loi précise, seule base légitime d'une ouverture de cassation ;

" La cour rejette le pourvoi......".)

---

* *D'Olive, Questions, Liv. 4, ch. 14.* } *Si celuy qui paye un creancier de ses deniers, entre en sa place sans convention, ny subrogation.*

C'est une des subtiles questions de nostre Droit, si celuy qui de ses deniers a payé un creancier, sans se faire subroger en sa place, succede neantmoins en son lieu, droit, et hypoteque. D'abord il semble que l'equité, et la faveur du commerce induisent cette succession, et qu'estant au pouvoir du creancier de refuser la subrogation en recevant le payement de sa debte de la main d'un estranger, il est juste que la loy fasse cet office, et supplée le fait de l'homme en ce cas, comme elle a accoûtumé de faire en diverses rencontres. Aussi trouvons-nous dans nos livres, que la loy subroge au droit des créanciers privilégiés ; ceux de qui les deniers sont parvenus en leurs mains : *Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit*, dit Ulpian. Et nous voyons pareillement que celuy qui acquiert une terre hypotequée, et de qui les deniers de son achat sont employés au payement des creanciers, à qui elle est affectée, succede en leur hypoteque, sans convention, ny subrogation : *Si potiores creditores pecuniâ tuâ dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret, ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti*, dit l'Empereur Alexandre.

Mais au contraire il est dit que ce n'est pas l'effet du payement, d'acquerir une hypoteque, mais bien de l'esteindre, et de la faire évanouir, et que par consequent ce n'est pas de la solution, mais bien du transport de l'action qu'on doit

attendre le benefice de succeder en la place d'autruy. Ainsi voyons-nous que celuy qui paye au fisc les arrerages des tailles, qu'un autre luy devoit, ne succede pas en son hypoteque, si le Juge ne l'a subrogé en sa place : *si competens judex jus fisci in illum non adscripserit et transtulerit*, disent les Empereurs. Et nos loix posent pour maxime, qu'il ne suffit pas de payer un creancier hypotecaire, pour pouvoir entrer en sa place ; mais qu'il est en outre necessaire que la subrogation, et la succession soient convenues, et stipulées : *Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris, hi quorum pecunia ad creditorem transit; hoc enim tunc observatur, cùm is qui pecuniam posteà dat, sub hoc pacto credit, ut idem pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat.* N'importe ce qu'on oppose, qu'Ulpian semble attribuer ce benefice à la force du payement, quoy qu'il se trouve destitué de la subrogation : car en cet endroit le Jurisconsulte ne parle point des creanciers hypotecaires, mais seulement des cedulaires, entre lesquels, comme Cujas a tres-bien remarqué, il y a grande difference en cette matière. Pour succeder à ceux-là, et se pouvoir servir de leur hypoteque la subrogation est requise; pour succeder à ceux-cy, et pouvoir jouir de leur privilege, il suffit que nos deniers soient parvenus en leurs mains ; *in personalibus ætionibus, qui postea quidem contraxerunt, verùm ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt*, dit le Jurisconsulte. Ne peut aussi venir en considération l'argument qu'on tire de la personne de l'acquereur de la terre hypotequée : car il y a bien de la difference entre celuy qui achete le fonds obligé, et dont les deniers qui font le prix de la vente sont convertis au payement de l'ancien creancier, et celuy qui preste son argent au débiteur pour payer son creancier. Lorsque quelqu'un achete une terre, le Droit presume qu'il y a tacite convention entre le débiteur qui vend, et l'acheteur qui acquiert, de succeder au lieu du premier creancier, qui est payé de ses deniers; d'autant que par le moyen de la vente le débiteur se dépouillant de la propriété de la chose obligée, il est censé d'avoir

plus facilement consenti à l'hypotheque d'une chose, qui ne doit plus estre à luy; laquelle presomption cesse en la personne de celuy qui empruntant de l'argent pour payer les premiers creanciers, demeure toûjours propriétaire du fonds hypotequé. D'où s'ensuit que l'acquereur n'a pas besoin de convention, ny de subrogation, *quia tacite inest juris intellectu, et legis potestate*, laquelle neanmoins est tout à fait necessaire à celuy qui delivre ses deniers, *ex causa mutui* Et cette difference est notamment marquée par le Jurisconsulte Paulus, au troisième de ses Questions; *nec enim* (dit-il) *in jus primi succedere potest, qui nihil ipse convenit de pignore, quo casu emptoris causa melior efficietur* Il est donc très-veritable que celuy de qui les deniers sont parvenus au premier creancier hypotecaire, ne succede point à son hypoteque, s'il n'y est subrogé, ou par le creancier, qui reçoit son payement, ou par le Juge qui l'ordonne, ou par le debiteur qui recevant l'argent à titre de prest, pour acquiter ses debtes, consent par convention expresse, qu'il entrera en la place de celuy qui doit recevoir ses deniers. Car quoy qu'il semble impossible que l'hypoteque, qui n'est pas en la personne du débiteur, mais bien du créancier, se puisse transporte par la conven tion du débiteur, sans le fait et le consentement du crean cier; neanmoins les loix faisant prevaloir l'equité à la subtilité du Droit, ont introduit cette subrogation pou la faveur du commerce, et afin qu'il ne soit pas au pouvoir d'un rude creancier, qui refuse la subrogation par caprice, et mauvaise humeur, de tenir toûjours son débiteur dans l'obligation, ou de luy emporter ses biens, faute par luy de trouver de l'argent, qu'il ne peut point asseurer, s'il ne luy est permis de donner cet avantage à celuy qui luy preste de le faire entrer en la place du creancier, qui reçoit ses deniers. Et cette succession se fait si parfaitement malgré le créancier (pourveu qu'il apparoisse qu'en suite de la convention, et stipulation de succeder en sa place faite lors du prest avec le débiteur, les deniers prestés soient parvenus en ses mains) qu'encore qu'il soit convenu entre le debiteur,

et celuy qui luy fait le prest, qu'il ne pourra point vendre le gage ; neantmoins si le premier creancier estoit en cette faculté, celuy qui a presté en jouira nonobstant sa convention, non pas *ex sua personna, quia obstat vis pacti*, mais *ex persona primi creditoris vi successionis*. Suivant cette doctrine, qui est tres-veritable, il fut jugé à mon rapport, au procez d'entre Maistre Mariet de Cledier Lieutenant Principal en la Judicature de Villelongue au Siège de Lavaur, et Maistre Jean Bosque, Receveur des tailles au Diocese dudit Lavaur le I. Aoust 1628 que celuy de qui les deniers estoient effectuellement parvenus entre les mains du premier creancier hypotecaire, ne pouvoit se servir de son hypoteque, en laquelle il n'avoit point esté subrogé ny par le creancier, ny par le débiteur En quoy il est neanmoins remarquable, que celuy qui avoit baillé ses deniers estoit un estranger, car s'il eut esté un créancier, la Cour ne luy eut point refusé de luy donner l'avantage de la succession, parce qu'il est très-certain, que comme le Droit distingue en cette matière les actions personelles des hypotequaires, suivant ce que nous avons remarqué cy-dessus; aussi fait-il difference des personnes qui font le payement de leurs deniers Lors qu'un tiers qui n'est point créancier paye par ses mains, ou par celles du débiteur, il n'entre point en la place de l'ancien creancier, sans convention et subrogation, comme nous avons monstré cy-dessus mais lors qu'un créancier posterieur paye le premier *tacito juris intellectu*, sans autre subrogation, il succede en sa place, parce qu'il est censé avoir fait ce payement non pas pour prester ses deniers, mais pour conserver ses hypoteques.

---

18 *Laurent*, n° 109, 110 p. 131 *et s.* } 109. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : " Par l'effet de la fiction qui sert de fondement à la subrogation, soit conventionnelle, soit légale, la créance acquittée est censée subsister avec tous les droits qui y sont inhérents, afin d'assurer au tiers qui est subrogé l'efficacité de son recours pour le recou-

vrement de ce qu'il a payé." C'est l'application du principe que nous avons longuement développé au début de cette difficile matière (n. 13, 14). La cour de cassation a consacré l'opinion commune qui explique la subrogation par la fiction d'une cession : la créance étant censée cédée, il s'ensuit que le subrogé a tous les droits qui étaient attachés à la créance, il est en tout mis en lieu et place du créancier qu'il a payé.

110. Le principe est certain, mais l'application donne lieu à bien des doutes. C'est ici que se trouvent les difficultés de la matière : elles se compliquent des questions également difficiles que présente le système hypothécaire avec lequel la subrogation a une liaison intime, car l'intérêt de la subrogation se concentre presque toujours sur les garanties réelles auxquelles le subrogé succède. Nous ne pouvons traiter ici toutes ces questions, il y en a qui doivent être ajournées au titre des *Hypothèques ;* nous n'abordons pour le moment que celles qui concernent directement les effets de la subrogation.

Le principe, tel que la cour de cassation l'a formulé, sert à décider une question qui ne devrait pas être controversée. On demande si la subrogation ne produit d'effet que contre le débiteur, ou le subrogé peut-il exercer les droits que le créancier a contre les tiers, notamment contre les tiers détenteurs. Si l'on s'en tient au principe de la cession fictive, la question n'en est pas une : le subrogé est censé acheter la créance, il l'achète telle que le cédant la possède, avec tous les droits qui y sont attachés ; donc il exerce les droits que le créancier a contre les tiers aussi bien que ceux qu'il a contre le débiteur. Où est donc le motif de douter ? Il y a des articles du code qui semblent limiter les effets de la subrogation aux droits du créancier contre le débiteur. Tel est l'article 1250, n. 1, la disposition la plus explicite que le code contienne sur les effets de la subrogation. " Le créancier recevant son payement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques *contre le débiteur.*" La loi n'ajoute pas ; et *contre les tiers.* L'article

2029, qui contient une application de la subrogation légale établie par l'article 1251, 3°, est conçu dans les mêmes termes : " La caution qui a payé la dette est subrogée à *tous les droits* qu'avait le créancier *contre le débiteur*." Cette subrogation est très-favorable, puisqu'elle vient en aide à la caution qui a rendu un service au débiteur et au créancier ; aussi la loi subroge-t-elle la caution à *tous les droits* du créancier, mais elle semble restreindre la subrogation en ajoutant *contre le débiteur*. L'article 874, qui contient aussi une application de l'article 1251, 3°, est rédigé de la même manière. La conclusion semble forcée. En effet, la subrogation n'est-elle pas une fiction ? et toute fiction n'est-elle pas de la plus rigoureuse interprétation ? Quand la loi limite les effets d'une fiction, il n'appartient pas à l'interprète de les étendre.

On répond que les articles que nous venons de citer ne peuvent pas avoir le sens restrictif qu'un leur prête, parce que ainsi entendus ils seraient en opposition avec d'autres dispositions, il y a mieux, ils seraient en contradiction avec eux-mêmes. La définition de la subrogation ne se trouve pas dans l'article 1250, c'est l'art. 1249 qui la définit, en disant que le tiers qui paye le créancier avec subrogation est subrogé aux *droits* de ce créancier ; donc à tous les droits sans exception aucune, aux droits du créancier contre les tiers, comme aux droits du créancier contre le débiteur. L'article 1250, n. 2, s'exprime dans les mêmes termes en parlant de la subrogation consentie par le débiteur : conçoit-on que le *débiteur* puisse subroger le prêteur à tous les droits du créancier contre les tiers et que le *créancier* ne puisse le subroger qu'aux droits qu'il a contre le débiteur ? Cela n'a pas de sens. Il y a plus. L'article 1250, 1°, que l'on invoque pour en induire que la subrogation est limitée aux droits du créancier contre le débiteur, témoigne contre ceux qui le citent ; il porte que le tiers qui paye est subrogé aux *priviléges* et *hypothèques* du créancier contre le débiteur : est-ce à dire que le subrogé ne puisse exercer les priviléges et hypothèques que contre le débiteur ? Cela serait en oppo-

sition avec l'essence même de l'hypothèque et du privilége ; ce sont des droits réels qui affectent la chose même et qui la suivent dans quelque main qu'elle passe ; donc, en étant subrogé aux priviléges et hypothèques qui grèvent les biens du débiteur, le subrogé acquiert des droits contre les tiers détenteurs des immeubles grevés de ces charges réelles. Et s'il peut exercer contre les tiers les hypothèques consenties par le débiteur, pourquoi ne pourrait-il pas exercer contre les tiers des hypothèques quelconques consenties par n'importe qui pour la garantie de la créance ? Toujours est-il que l'on ne peut pas se prévaloir de l'article 1250 pour en induire que le subrogé n'a d'action que contre le débiteur, puisque cet article lui donne implicitement action contre les tiers détenteurs des immeubles que le débiteur a hypothéqués.

Il y a un article que l'on cite pour et contre l'opinion que nous suivons,et qui est l'opinion presque unanime des auteurs et de la jurisprudence. L'article 1252 porte : " La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contrel es cautions que contre les débiteurs." Donc, dit-on, la subrogation donne droit au subrogé contre les tiers, puisque les cautions sont des tiers. Non, dit-on dans l'opinion contraire, carsi la subrogation donnait au subrogé tous les droits du subrogeant contre les tiers, l'article 1252 serait inutile pour lui donner un un sens,il faut supposer qu'en principle le subrogé n'a de droit que contre le débiteur, et que, par exception à ce principe, la loi lui donne action contre la caution. A vrai dire, l'article 1252 témoigne plutôt pour notre opinion. Il n'est pas exact de dire que ce soit une disposition exceptionnelle, elle a été introduite par le Tribunat, qui expose comme suit les motifs de sa proposition. Dans l'ancien droit, il y avait diversité de jurisprudence sur la question de savoir si les cautions restaient tenues envers le subrogé : tel parlement décidait que le pavement avec subrogation éteignait l'obligation des cautions, tel autre maintenait l'obligation et donnait action au subrogé contre elles. C'est ce dernier système qui a pré-

valu. Cela prouve combien il y a toujours eu d'incertitude en cette matière.

Voilà les textes. Reste l'esprit de la loi. Si l'on s'en tient à la tradition que le code a consacrée, la question n'est pas douteuse. La subrogation est une cession fictive. En quoi consiste la fiction, et pourquoi a-t-elle été imaginée ? C'est la créance payée qui est censée faire l'objet d'une vente ; c'est donc la créance même avec tous les droits du créancier qui est transmise au subrogé, et c'est pour que le subrogé puisse acquérir tous ces droits que la loi feint de le considérer comme un cessionnaire. Elle favorise le payement, et pour le favoriser elle transporte à celui qui paye toutes les sûretés, toutes les garanties attachées à la créance primitive ; son but serait manqué si elle ne transmettait pas au subrogé tous les droits du subrogeant, car il en résulterait que le tiers qui est disposé à payer serait arrêté par la crainte de n'être pas remboursé. Cela est décisif. Qu'est-ce que l'on y oppose ? On dit que le tiers qui paye est subrogé parce qu'il fait les affaires du débiteur, dont il est ou le mandataire ou le gérant d'affaires ;or, il paye la dette du débiteur, il ne paye pas la dette du tiers détenteur qui, d'après la rigueur des principes, n'est pas même débiteur ; donc, dit-on, la subrogation est étrangère au tiers détenteur, elle ne concerne que le débiteur. L'objection confond les actions qui naissent de la subrogation avec l'action qui naît du payement. Sans doute, le payement fait pour le débiteur ne donne d'action que contre lui, une action purement personnelle ; mais c'est précisément parce que cette action est insuffisante, dénuée qu'elle est de toute garantie, que le législateur a créé une fiction qui permet de transporter à celui qui a fait le payement toutes les garanties, sans exception, dont le but est d'assurer le payement de la créance primitive (1).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 379, n. 197, *bis* II et III. C'est l'opinion commune (Demolombe, t. XXVII, p. 575, n. 639). La jurisprudence est dans le même sens. Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, I, 409.

3 *Mourlon*, *Code Nap.*, *n*° 1154 *et s.* } 1154.—V. DES PERSONNES CONTRE QUI ELLE PEUT RECOURIR.—Elle peut recourir :

1° Contre le débiteur, s'il est seul.

2° Contre tous les débiteurs, lorsqu'elle les a tous cautionnés. Contre chacun pour le tout, s'il étaient débiteurs solidaires : car, dans ce cas, chaque débiteur a été libéré pour le tout par le paiement qu'elle a fait. Pour leur part et portion, s'il étaient débiteurs conjoints : car alors, chacun d'eux, n'étant tenu que pour partie, n'a été libéré que de la part dont il était tenu. Lorsque la caution n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires, elle ne peut pas agir de son chef contre ceux qu'elle n'a pas cautionnés : car elle n'est pas leur mandataire et ce n'est pas d'eux qu'elle a entendu faire l'affaire. Mais elle peut, conformément au principe de l'art. 1166, exercer contre eux l'action en recours qui appartient au débiteur au nom duquel elle a payé.

3° Contre les autres cautions qui ont cautionné avec elle la même dette : car, en étant toutes tenues également, il est juste qu'elle soit également supportée. Mais elle ne peut agir contre chacune d'elles que pour sa part et portion virile ; et encore cette portion n'est-elle déterminée qu'eu égard au nombre des cautions solvables : l'insolvabilité de l'une d'elles est également supportée par toutes les autres. Si donc elles sont quatre, la caution qui a payé peut recourir pour un quart contre chacune des autres cautions, à supposer qu'elles soient toutes solvables ; pour un tiers, si l'une d'elles est insolvable, sauf le recours de chacune contre celle qui est insolvable (art. 1214) (1).

1155.—VI. DES ACTIONS AU MOYEN DESQUELLES LA CAUTION EXERCE SON RECOURS.— La caution peut agir par l'action *mandati contraria*, si c'est au su du débiteur ou par son ordre

(1) La caution qui a payé peut-elle recourir contre les tiers-acquéreurs des immeubles affectés par hypothèque au paiement de la dette qu'elle a éteinte ? Voy., sur cette intéressante question, mon *Traité des subrog.*, p, 84 à 103 ; 413 à 423.

qu'elle l'a cautionné ; par l'action *negotiorum gestorum*, si elle est intervenue à son insu (voy. le n. 1121).

En outre de l'action de mandat ou de l'action de gestion d'affaires, la caution a une autre action, *celle du créancier qu'elle a désintéressé.*

L'ancien droit romain refusant au fidéjusseur par qui la dette avait été acquittée tout recours contre ses cofidéjusseurs, et ne lui accordant contre le débiteur qu'une simple action contraire de mandat ou de gestion d'affaires, les prudents vinrent à son secours en lui accordant le bénéfice de *cession d'actions*, c'est-à-dire en lui permettant d'exiger que le créancier lui cédât, par la quittance même, les actions qu'il avait tant contre les fidéjusseurs que contre le débiteur. Mais, comme cette idée d'une *cession d'actions*, qui suppose la *survie de la créance*, cadrait mal avec l'idée d'un *paiement*, dont l'effet naturel est d'*éteindre l'obligation* qui lui sert de cause, on eut recours à une fiction, moyen ordinaire de tout concilier. Le fidéjusseur qui désintéressait le créancier fut réputé avoir *acheté* plutôt que *payé* la créance ; ce que le créancier reçut fut considéré, non pas comme la somme due par le débiteur, mais comme le prix de la cession qu'il était censé faire de son droit : *Non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit.*

Ce bénéfice de cession d'actions, introduit dans notre ancienne jurisprudence sous le nom de *bénéfice de subrogation*, a été reproduit par l'art. 2029, qui n'est, au reste, qu'un cas d'application du principe général du n. 3 de l'art. 1251. Le Code a été même plus favorable à la caution que l'ancien droit. Autrefois, la caution avait le droit de requérir la subrogation, et, si le créancier refusait de l'accorder la loi l'accordait d'elle-même. A défaut de cette réquisition, la caution n'avait qu'une simple action de mandat ou de gestion d'affaires. Aujourd'hui, le bénéfice de la subrogation lui est accordé de plein droit, sans qu'elle ait besoin de le requérir du créancier avant de le désintéresser.

1156.—Ainsi, deux actions existent au profit de la caution

qui a payé : 1° l'action qu'elle a de son chef, action de mandat ou de gestion d'affaires; 2° l'action de l'ancien créancier, que la subrogation lui transporte avec tous ses accessoires, tels que gages, hypothèques ou priviléges. Mais, comme ces deux actions tendent au même but, l'exercice de l'une amène tout naturellement l'extinction de l'autre.

Si le débiteur est insolvable et que la dette soit garantie par des gages, hypothèques ou priviléges, la caution fera bien d'agir par l'action du créancier originaire : car l'action de mandat ou de gestion est purement chirographaire.

Mais il est possible que l'action de mandat ou de gestion soit préférable à celle de l'ancien créancier. Soit une dette non productive d'intérêts : si le débiteur est solvable (et même en cas d'insolvabilité, si l'ancienne dette n'était garantie par aucune hypothèque ou privilége), la caution fera bien d'agir par l'action qu'elle a de son chef, plutôt que par celle du créancier. Dans le premier cas, en effet, les intérêts lui seront dus du jour même du paiement (art. 2001); dans le second, ils ne lui seront dus qu'à partir de sa demande en justice (art. 1153).

1157.—Remarquons que l'effet de la subrogation ne donne pas à la caution le droit qu'avait le créancier d'agir pour le tout contre chacun des fidéjusseurs. La loi, afin d'assurer son recours, l'investit de l'ancienne créance, mais divisée en plusieurs fractions ou petites créances, dont l'une reste à sa charge et s'éteint par confusion, tandis qu'elle s'empare des autres pour contraindre séparément chacun de ses cofidéjusseurs à supporter une part égale de la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur et de celle des cautions qui sont insolvables.

1158.—La caution qui s'est obligée *malgré le débiteur* a-t-elle un recours lorsqu'elle a payé pour lui ? Non, s'il est prouvé qu'en intervenant malgré lui, elle a voulu le libérer, *à titre de libéralité*, envers le créancier. Dans le cas contraire, elle aura un recours, mais seulement jusqu'à concurrence du profit que le débiteur en aura retiré : elle agira contre

lui par une action dite *de in rem verso*. Ainsi, 1° elle n'aura droit aux intérêts de la somme qu'elle a déboursée qu'à partir du jour de sa demande en justice, tandis qu'ils sont dus à la caution ordinaire du jour du paiement ; 2° son action se prescrira par le laps de temps qui restait à courir pour la prescription de la dette qu'elle a payée, tandis que l'action de mandat ou de gestion ne se prescrit que par trente ans à compter du paiement.

Peut-être devrait-on apporter un correctif à cette théorie, et accorder à la caution qui est intervenue malgré le débiteur les mêmes droits qu'à une caution ordinaire, lorsque la résistance du débiteur a été peu raisonnable, a été le résultat d'un entêtement ridicule, et qu'il est prouvé qu'en le cautionnant malgré lui, la caution lui a été réellement utile, par exemple, qu'elle a, par son intervention, obtenu un délai du créancier qui avait commencé des poursuites à fin de saisie.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2029 *C. N.* } Ainsi la subrogation est suppléée de droit contre la loi 39, ff. *de fidej.;* mais la disposition de cette loi paraissait injuste dans les pays même de Droit écrit. *Voyez* Maynard, liv. 2, chap. 49, et Dolive, liv. 4, ch. 31.

---

* *Rogron, sur art.* 2029 *C. N.* } *Est subrogée à tous les droits.* D'après ce principe général des contrats, que la subrogation légale a lieu au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est obligé pour un autre (art. 1251).

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2029 *C. N.* } Autrefois cette subrogation devait être au moins demandée. Elle n'avait pas lieu de plein droit.

---

* *Bousquet, Caution., p.* 339. } La caution, qui a payé, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits, depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts s'il y a lieu. (Art. 2028.)

La caution a une double action contre le débiteur principal :

1° L'action en recours ou en indemnité ;

2° L'action en subrogation dont il va être parlé à l'article suivant.

Il y a entre ces deux actions cette différence que, lorsque la caution exerce *la subrogation*, elle recouvre seulement ce qu'elle a payé au créancier, en capital, intérêts et frais ; tandis que lorsqu'elle exerce l'action en recours, elle peut exiger, *en outre*, les intérêts de ces sommes et même des dommages-intérêts s'il y a lieu, comme, par exemple, si le créancier avait saisi ses biens. Cette dernière action peut, dans les cas expliqués dans l'art. 2032, être exercée avant d'avoir payé, au lieu qu'il n'y a pas de subrogation s'il n'y a pas eu paiement.

En ce qui touche les frais, la caution n'a de recours que pour ceux par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle, parce que le débiteur eût peut-être arrêté ces poursuites si on lui en eût donné connaissance.

La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. (Art. 2029.)

La caution paie à défaut de paiement de la part du débiteur. Le premier effet de ce paiement a dû être la subrogation de la caution à tous les droits du créancier. C'est un troisième bénéfice que la loi accorde au fidéjusseur ; il n'a pas besoin de requérir cette subrogation ; elle est prononcée par la loi, parce qu'elle résulte du seul fait du paiement. Nous avons écarté les vaines subtilités par lesquelles on se croyait obligé de substituer à une subrogation qui n'était

pas expressément donnée, une action prétendue de mandat. L'action du créancier passe dans la main de la caution, et le recours de celle-ci embrasse le principal, les intérêts, les frais légitimes, ceux du moins qui ont été faits par la caution depuis la dénonciation des poursuites. (Treilhard, *Exposé des motifs*.)

Si la caution avait payé le créancier avant l'échéance, elle ne pourrait réclamer le remboursement au débiteur principal qu'à l'échéance, parce qu'elle ne peut avoir, au moyen de la subrogation, d'autres droits que ceux qu'avait le créancier. (V. art. 1251.)

1951. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

1951. When there are several principal debtors jointly and severally bound to the same obligation, the surety who has become answerable for all of them, has his remedy against each of them for the recovery of all that he has paid.

---

* *C. N.* 2030. } Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés, a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

---

* *C. L.* 3023. } Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés, a contre chacun d'eux le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1948.

[ARTICLE 1951.]

* *Dard*, *sur art.* 2030 *C. N.*, *p.* 459, *note a.* } La disposition de cet article n'est qu'une application des principes du mandat ; en effet chacun des débiteurs solidaires était obligé au paiement de la totalité de la dette, et la caution qui, par le paiement de la dette, a acquitté leur obligation, a contre chacun d'eux l'action *Mandati contraria*, et même l'action *negotiorum gestorum.*

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 145, *sur art.*, 2031 *C. N.*, *et p.* 263-4 *des notes.* } Il peut arriver que la caution, même après avoir payé, ne puisse exercer aucun recours contre le débiteur principal ; ce qui a lieu, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement, et qu'il a payé une seconde fois (1), ou qu'il avoit des moyens pour faire déclarer la dette éteinte. Dans ces deux cas, elle n'a que l'action en répétition contre le créancier (2).

(1) *Et qu'il a payé une seconde fois. Quid*, si c'est le débiteur qui a payé d'abord, et que la caution ait payé ensuite ? Elle n'aura de recours que contre le créancier. *Elle devoit*, dit l'article 2031, *ne pas payer sans avertir, afin que le débiteur pût faire connoître s'il avoit des moyens de faire déclarer la dette éteinte.* Or, ici, il en avoit un ; c'étoit de présenter la quittance.

L'article dit, *alinéa* 1er : *Si la caution a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal.* Il ne faut pas conclure de-là que l'article ne puisse être appliqué qu'autant que les deux circonstances concourent, du défaut de poursuites, et du défaut d'avertissement ; car il s'ensuivroit que, si la caution, étant poursuivie, a payé sans dénoncer les poursuites au débiteur principal, elle auroit son recours contre lui, quand même ce dernier auroit eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte ; ce qui est contraire à l'article 1640. Mais il faut entendre l'article ainsi : *Si la caution a payé sans être poursuivie, et sans avoir averti ; ou si, étant poursuivie, elle a payé sans avertir*, c'est-à-dire sans dénoncer les poursuites, et sans appeler le débiteur en garantie, *elle n'a point de recours contre lui, etc.*

(2) *Elle n'a que l'action en répétition contre le créancier :* à plus forte raison, n'aura-t-elle que cette action, si, connoissant elle-même des moyens propres à faire déclarer la dette éteinte, elle ne les a pas employés ; à moins toutefois que ces moyens ne lui fussent personnels ;

putà, si elle avoit promis de cautionner pendant un certain temps, qui seroit expiré ; si elle étoit mineure, et qu'elle eût pu se faire restituer, etc.

Remarquez également que la caution n'est pas tenue d'employer des moyens qui n'auroient servi qu'à retarder l'action, tels que des nullités de procédure : *non tenetur de apicibus juris disputare.* (L. 29, § 4, ff. *Mandati.*).

Est-elle tenue d'opposer la prescription ? Oui ; et si elle répugne à employer ce moyen, elle peut appeler le débiteur, qui l'opposera, s'il le juge convenable.

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2030 *C. N.* } Cette règle ne peut donner lieu à aucune difficulté.

---

* *Bousquet, Caution., p.* 339-340. } Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs solidaires d'une même dette, la caution, qui les a tous cautionnés, a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé. (Art. 2030.)

La raison en est fort simple, c'est que la caution, au moyen du paiement qu'elle a fait, a libéré chacun d'eux pour la somme totale, puisque chacun d'eux était tenu de la totalité. (Art. 1200.)

Si les débiteurs étaient non solidaires, la caution ne pourrait réclamer de chacun que la part et portion dont il était débiteur.

Si la caution n'avait donné son cautionnement que pour un des débiteurs seulement, et qu'elle eût payé la totalité de la dette, elle pourrait cependant exercer l'action du débiteur par elle cautionné contre les autres, et exiger de chacun d'eux la part dont il était tenu dans la dette. (Art. 1213. *Voy.* Pothier.)

[ARTICLE 1952.]

1952. La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a pas averti du paiement par elle fait, sauf son action en répétition contre le créancier.

Lorsque la caution a payé sans être poursuivie et sans avertir le débiteur principal, elle n'a point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier.

1952. The surety who has paid first has no remedy against the principal debtor who has paid a second time without being notified of the first payment; saving his right to recover back from the creditor.

When the surety has paid before being sued and has not notified the principal debtor, he loses his remedy against such debtor if, at the time of the payment, the latter had the means of having the debt declared extinct; saving his right to recover back from the creditor.

---

* *C. N.* 2031. } La caution qui a payé une première fois, n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier.

Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier.

---

* *C. L.* 3024, 3025. } 3024. La caution n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, faute par la caution de l'avoir averti du payement qu'elle avait fait, sauf son action en répétition contre le créancier.

3025. Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie, et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du payement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte, sauf son action en répétition contre le créancier.

---

* *ff. Liv.* 17, *Tit.* 1, *Mandati,* *L.* 10, § 2, *L.* 29, §§ 1, 2, 3. } *L.* 10, § 2. Si ex fundo, quem mihi emit procurator, fructus consecutus est, hos quoque officio judicis præstare eum oportet. (ULPIANUS).

L. 29, § 1. Non malè tractabitur, si cùm ignoraret fidejusso inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat ? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest : si vero jus, aliud dici debet.

§. 2. Si cùm debitor solvisset, ignarus fidejussor solverit, puto eum mandati habere actionem : ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse : debitor enim debuit notum facere fidejussori, jam se solvisse, ne fortè creditor obrepat, et ignorantiam ejus circumveniat, et excutiat ei summam in quam fidejussit.

§. 3. Hoc idem tractari et in fidejussore potest : si cùm solvisset, non certioravit reum, sic deindè reus solvit, quod solvere eum non oportebat. Et credo, si cùm posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli : dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit débitori. Cedere autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne duplum creditor consequatur. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 10, § 2. Si le fondé de procuration a perçu des fruits d'une terre qu'il a achetée en cette qualité, le juge le condamnera aussi à les rendre. (ULPIEN).

L. 29, § 1. Si un répondant, ignorant que son obligation étoit nulle, avoit payé, pourroit-il intenter contre le débiteur l'action du mandat ? Si le répondant a erré dans le

fait, son ignorance pourra être excusée ; il n'en sera pas de même s'il a erré dans le droit.

§ 2. Je pense que si le répondant paye, ne sachant pas que le débiteur a déjà payé, il doit avoir l'action du mandat contre ce dernier : car il est excusable de n'avoir pas deviné que le débiteur avoit payé ; et le débiteur devoit faire savoir au répondant qu'il avoit payé, afin que le créancier ne pût pas venir frauduleusement abuser de l'ignorance du répondant, pour tirer de lui la somme pour laquelle il a répondu.

§ 3. On peut proposer la même question dans le cas du répondant qui auroit payé sans le faire savoir au principal débiteur, et qui l'auroit par là mis dans l'obligation de payer ce qu'il ne devoit pas. Je pense que si le répondant a pu le faire savoir, et qu'il ne l'ait pas fait, le débiteur pourra en exciper contre lui lorsqu'il voudra intenter l'action du mandat : car la négligence dont il s'est rendu coupable en n'avertissant pas le débiteur du paiement qu'il a fait approche de la mauvaise foi. Le principal débiteur doit, en ce cas, transporter au répondant l'action qu'il a pour se faire rendre par le créancier ce qu'il lui a payé indûment, parce qu'il n'est pas juste qu'il soit payé deux fois. (ULPIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*o 433 *et s.* } *Première condition.* Pour que la caution qui a payé ait recours contre le débiteur principal, il faut qu'elle n'ait pas négligé par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir, si elle en avait quelques-unes à opposer contre le créancier

Par exemple, si quelqu'un m'a cautionné pour le prix d'un héritage que j'ai acheté, et qu'ayant connaissance que cet héritage m'a été évincé, il paie néanmoins le prix à mon vendeur envers qui il s'est rendu caution pour moi, il n'aura aucun recours contre moi ; parce qu'il pouvait se dispenser de payer, en opposant au vendeur l'exception résultant de l'éviction que j'avais soufferte. Si la caution a ignoré l'évic-

tion, et par conséquent, l'exception qui en résultait contre la demande du prix que lui a faite le vendeur, je serai obligé de lui rendre ce qu'elle a payé, sauf mon recours contre mon vendeur : car elle n'est pas en faute de n'avoir pas opposé une exception dont elle n'avait pas de connaissance, et c'est moi qui suis en faute, au contraire, de ne l'en avoir pas avertie (1). La loi 29, ff. *Mand.*, établit ces principes dans une espèce assez ressemblante. Au reste, il n'y a que l'ignorance de fait qui puisse, en ce cas, excuser la caution ; il en serait autrement de l'ignorance de droit. *Finge.* J'ai acheté sous votre cautionnement une maison que je croyais subsister, et qui avait été entièrement brûlée avant le contrat (2) : quoique vous eussiez depuis appris l'incendie, vous avez payé le prix que vous croyiez par erreur de droit être dû ; vous ne devez avoir aucun recours contre moi ; *eâd.* L. 29, § 1.

434. Si la caution avait une fin de non-recevoir à opposer contre le créancier, mais qui fût telle qu'elle ne pût l'opposer honorablement, en ce cas, la caution n'est pas à la vérité obligée de l'opposer ; mais elle ne doit pas priver le débiteur de la faculté de l'opposer. C'est pourquoi elle doit se laisser assigner pour le paiement, et appeler en cause le débiteur principal, afin qu'il puisse l'opposer, si bon lui semble ; faute de le faire, la caution n'aura aucun recours contre le débiteur principal de ce qu'elle aura payé. C'est ce qui résulte des lois 48, ff. *Mand.* et 10, § 12, *eod. tit.*

On peut apporter pour exemple de ces fins de non-recevoir qu'on ne peut honorablement opposer, celle qu'on peut oppo-

(1) Pothier suppose que la caution n'a payé que sur la demande judiciaire du créancier, par conséquent elle a été poursuivie : e débiteur est en faute de n'avoir pas prévenu la caution ; mais si la caution avait payé volontairement et sans être poursuivie, c'est elle-même qui serait alors en faute de ne s'être pas informée si ce débiteur avait des causes d'extinction de la dette qu'il pût opposer. *V.* art. 2031, 2e alinéa, C. civ. (BUGNET.)

(2) *V.* art. 1601, 1er alinéa, C. civ. (BUGNET.)

ser au créancier de rente constituée, qui a laissé accumuler plus de cinq années.

435. La règle que nous avons établie, " que la caution, pour avoir recours contre le débiteur principal, doit n'avoir pas omis par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir qu'elle avait à opposer," souffre exception, lorsque ces fins de non-recevoir lui étaient personnelles, et ne pouvaient être opposées par le débiteur principal.

Par exemple, si la caution qui m'a cautionné jusqu'à un certain temps, paie pour moi après ce temps, quoiqu'elle eût pu se dispenser de payer, elle ne laissera pas d'avoir recours contre moi, parce qu'elle a payé pour moi ce que je n'aurais pu éviter de payer. C'est la décision de la loi 29, § 6, ff. *Mand. Quamquâm enim jam liberatus solverit, fidem implevit et debitorem liberavit.* Il suffit qu'elle m'ait procuré à ses dépens la libération, pour que je doive l'en indemniser ; autrement je m'enrichirais à ses dépens, ce que l'équité ne permet pas (1) : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.*

436. *Deuxième condition.* Pour que la caution ait un recours contre le débiteur principal, il faut que le paiement qu'elle a fait soit valable : c'est pourquoi si celui qui me doit un cheval indéterminément m'a donné une caution, et que cette caution, par la suite, m'en fournisse un qui se trouve ne lui pas appartenir, la caution n'aura point de recours contre le débiteur principal ; parce que le paiement qu'elle a fait n'est pas valable, et n'a point procuré au principal débiteur sa libération (2).

437. Cette règle souffre exception dans le cas auquel la caution poursuivie par le créancier paierait dans l'ignorance

(1) Elle aurait bien évidemment l'action de gestion d'affaires. (BUGNET.)

(2) Pothier paraît mettre de côté la règle, *En fait de meubles possession vaut titre :* mais le créancier qui peut l'invoquer, n'y est cependant pas obligé ; c'est une faculté pour le possesseur actuel du meuble, mais non pas une nécessité. (BUGNET).

où elle serait que le débiteur principal a déjà payé (1) ; car, quoique ce paiement fait par la caution, étant le paiement d'une somme qui avait cessé d'être due, ne soit pas un paiement valable, néanmoins la caution ne laissera pas d'avoir recours, *actione mandati contrariâ*, contre le débiteur principal, pour être remboursée de la somme qu'elle a payée, à la charge seulement par la caution de subroger le débiteur principal en son action de répétition contre le créancier qui peut être insolvable, pour que le débiteur principal s'en fasse payer comme il pourra.

C'est la décision de la loi 29, § 2, ff. *Mand.* Le débiteur principal est en faute de n'avoir pas averti la caution qu'il avait payé (2).

Cette décision ne doit pas avoir lieu lorsque la caution a cautionné le debiteur principal à son insu ; car, en ce cas, le débiteur principal n'est pas en faute de n'avoir pas averti du paiement cette caution qu'il ne connaissait pas.

438. *Troisième condition.*—Un troisième cas auquel la caution qui a payé n'a pas de recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a payée, c'est lorsque, faute par elle d'avoir averti le débiteur principal, ce débiteur a payé une seconde fois au créancier ; mais au moins elle peut demander que le débiteur lui cède son action pour répéter contre le créancier qui a reçu, ce qui ne lui était plus dû (3).

C'est la décision de la loi 29, § 3, ff. *Mand.*

Selon nos usages, ces cessions se suppléent, et on permettrait en ce cas-ci à la caution de répéter *rectâ viâ* du créancier ce qu'il aurait reçu une seconde fois.

(1) La caution agira très prudemment en dénonçant au débiteur les poursuites dirigées contre elle par le créancier. *V.* art. 2031, 2e alinéa, C. civ. (Bugnet).

(2) Mais il pourrait aussi y avoir faute de la part de la caution pour avoir payé sans s'être assurée que le paiement n'avait pas déjà été effectué par le débiteur. (Bugnet).

(3) *V.* art. 2031, 1er alinéa, C, civ. (Bugnet).

[ARTICLE 1952.]

* *Bousquet, Cautionnem.*, *p.* 340. } Il est juste, disait le tribun Lahary, de refuser à la caution un recours contre le débiteur principal, lorsqu'elle a bénévolement payé sans être poursuivie, et sans avoir averti ce débiteur ; car ce dernier pouvait avoir des exceptions à faire valoir, des compensations à opposer, en un mot, des moyens quelconques de faire déclarer la dette éteinte ; et il lui a été impossible de les proposer, si la caution lui a laissé ignorer les poursuites dirigées contre elle.

Il était juste encore de refuser ce recours à la caution, dans le cas où, ignorant un premier paiement par elle fait, le débiteur aurait payé une seconde fois. Mais, dans l'un et l'autre cas, notre article réserve au fidéjusseur l'action en répétition contre le créancier.

Il en est de même si la caution paie au-delà de ce qui est dû.

On a agité la question de savoir si le fidéjusseur était tenu d'opposer la prescription, et on l'a résolue affirmativement. Mais s'il ne l'a pas opposée et qu'il ait payé, qu'arrivera-t-il ? Il est évident qu'il se trouve exposé à se la voir opposée à lui-même par le débiteur principal ; car il n'a d'autres droits que le créancier auquel il est subrogé, et dès lors le débiteur peut invoquer la prescription contre la caution qui a payé nonobstant la prescription acquise.

On doit décider aussi, par application de l'art. 2225, que la caution peut opposer la prescription, quoique le débiteur principal y renonce, parce que la caution a intérêt à ce que la prescription soit acquise.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2031 *C. N.* } La première partie de l'article est conforme à la loi 29, § 3, ff. *mandati.* Elle dit aussi que le débiteur payant, doit pareillement avertir la caution : *similiter reus solvens, fidejussorem suum certiorare debet.*

La deuxième, à la loi 10, §. 12, au même titre.

[ARTICLE 1952.]

Troplong, sur art. 2031 C. N. } 380. Quelque favorable que soit le recours du fidéjusseur contre le débiteur (1), il est cependant subordonné à la condition que le premier aura utilement géré l'affaire du second (2). Notre article prévoit deux cas où le fidéjusseur a manqué de prudence et failli à cette condition. Il lui refuse alors l'action *mandati contraria.*

381. Le premier cas se réalise lorsque le fidéjusseur a payé le créancier sans en donner avis au débiteur principal, qui dans l'ignorance de ce qui s'est passé, paye une seconde fois. Le fidéjusseur a agi avec légèreté ; disons mieux, avec Ulpien : il a commis une faute lourde et voisine du dol. " *Dolo enim proximum est, si, post solutionem, non nuntiaverit debitori* (3)." Il aurait dû informer le débiteur que la créance était éteinte. Le débiteur qui, de son côté, a payé ce qu'il devait, n'est redevable de rien au fidéjusseur. C'est à ce dernier à exercer contre le créancier qui s'est fait payer deux fois une action en répétition (4).

Nous retrouvons ici les principes du mandat qui éclairent de leur lumière la matière du cautionnement. Le mandataire qui a exécuté le mandat en doit donner avis au mandant, sinon il est responsable des suites de ce défaut d'avertissement (5). Le fidéjusseur, qui n'est si souvent qu'un mandataire, est assujetti au même devoir ; nous remarquerons même que c'est en traitant du mandat qu'Ulpien a posé la

(1) *Suprà*, n. 331.

(2) *Suprà*, n. 338.

(3) L. 29, § 3, D., *mandati*

(4) Ulp., *loc. cit.*; Pothier, n. 439.

Add. " Le recours de la caution, dit Demante, n. 791, ne pourrait donc tendre qu'à se faire céder cette action, qui, dans la rigueur des principes, compète au débiteur (Ulp., l. 29, § 3, ff., *mand.*). Mais notre loi arrive plus directement à ce résultat en privant la caution de tout recours, et lui accordant à elle-même l'action en répétition."

(5) Voy. mon *Comm. du Mandat*, n. 396 ; Casaregis, disc. 26, n. 4.

règle dont le premier aliéna de notre article n'est que l'écho.

381. 2° (1).

382. Réciproquement (2), le débiteur principal qui a payé, et qui par défaut d'avertissement a laissé le fidéjusseur payer une seconde fois, sur les poursuites du créancier de mauvaise foi, cette dette déjà acquittée, doit à ce même fidéjusseur une indemnité du préjudice que son silence lui a causé.

C'est ce que décide Ulpien dans les lois 8, § 7, et 29, § 2, D., *mandati*. Le fidéjusseur n'a pu deviner que le débiteur principal avait éteint la dette ; il faut imputer à ce dernier de n'avoir pas éclairé sur l'état de l'affaire celui qui avait associé son intérêt au sien (3). " *Ignoscendum est enim*, dit Ulpien, *si non divinavit debitorem solvisse. Debitor enim debuit notum facere fidejussori jàm se solvisse*, *ne fortè creditor obrepat et ignorantiam ejus circumveniat*, *et excutiat ei summam in quam fidejussit.*"

On pourra objecter que le fidéjusseur, en payant une dette déjà acquittée, n'a pas fait l'affaire du débiteur ; que dès lors celui-ci ne lui doit rien ; qu'il suffit de réserver au fidéjusseur la condition *indebiti*.

Mais la raison de décider est que le fidéjusseur doit être indemnisé de tout ce qu'il a perdu sans sa faute, par suite de son cautionnement (4), surtout quand cette perte peut être attribuée à la faute du débiteur principal qui, par un avis

(1) Add. Quid *s'il y a contestation sur l'existence de l'avertissement* ?— Duranton répond, n. 356 : " S'il y avait contestation sur le point de savoir si la caution l'a prévenu, ce serait à elle à prouver ce fait, parce qu'il n'est pas présumable que le débiteur ait voulu nuire à la caution, en payant lui-même de nouveau la dette. Mais ce fait pourrait être établi par tous les moyens de droit, même par la seule preuve testimoniale, car ce n'est qu'un simple fait. Le code n'exige pas que la caution fasse une notification en forme au débiteur ; il veut seulement qu'elle l'avertisse du payement fait par elle."

(2) *Infrà*, n. 467.

(3) Voy. Favre, *Ration.*, sur ces lois.

(4) Paul, l. 15 et 20, D., *mandati ;* Africain, l. 61, § 5, D., *de furtis.*

opportun, pouvait prévenir l'erreur du fidéjusseur. Il faut donc décider avec Ulpien : " *Puto eum mandati habere actionem* (1)."

382. 2° (2).

(1) *Junge* Favre, *Code*, liv. VIII tit. XXVIII, def. 27; Pothier, n. 438. Add. Op. conf. de Sebire et Carteret, n. 122, où ils disent : " Mais la caution serait obligée de subroger le débiteur principal dans son action en répétition contre le créancier."

Duranton, n. 357, n'est pas de l'avis de Troplong. " Et si c'était, au contraire, le débiteur qui eût payé la dette, dit-il, sans avertir la caution, qui, dans l'ignorance de ce payement, l'a payée de nouveau et sans être poursuivie, cette caution n'aurait point non plus de recours contre lui, aux termes de la seconde disposition de l'art. 2031, portant : " Lorsque " la caution a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur " principal, elle n'a point de recours à exercer contre lui dans le cas où, " au moment du payement, de débiteur avait eu des moyens pour faire " déclarer la dette éteinte ; sauf son action en répétition contre le créan- " cier." Or le débiteur qui avait déjà payé avait certainement bien un moyen de faire déclarer la dette éteinte, et si la caution, avant de payer, l'eût averti du payement qu'elle se proposait de faire, le débiteur lui aurait fait connaître sa libération, et aurait ainsi prévu le second payement ; elle est donc en faute."

(2) Add. *Comment doit être donné l'avertissement* ?—Sebire et Carteret répondent, n. 122 : " Le code n'indiquant pas la forme dans laquelle l'avertissement doit être donné par la caution, il faut en conclure qu'il peut être donné de toute manière, par lettre et même verbalement ; et la preuve testimoniale pourrait être admise dans ce cas, quel que fût le montant de l'obligation cautionnée. La règle tracée par l'art. 1341 du code civil est ici inapplicable. En effet, il ne s'agit pas d'un acte qui puisse être passé devant notaire ou sous signature privée ; il ne s'agit pas d'une obligation pour laquelle le créancier puisse obtenir un titre de son débiteur. La preuve à fournir porte sur un droit de recours dépendant de l'accomplissement d'une formalité à la charge de la personne qui doit l'exercer, c'est-à-dire de la caution. C'est un droit qui, comme dans les quasi-contrats, résulte d'un fait étranger au débiteur, ou du moins pour la constatation duquel il n'était pas possible d'exiger son recours. Ainsi, bien loin d'être soumis aux règles de l'art. 1341, on pourrait dire que le droit de la caution rentre dans les cas d'exception posés par l'art. 1348.

" Toutefois, nous croyons qu'il est dans le vœu de la loi que l'avertis-

[ARTICLE 1952.]

383. Il est de même lorsque actionné et poursuivi le fidéjusseur paye sur-le-champ le créancier, ignorant que le débiteur avait quelque exception péremptoire à faire valoir (1). L'ignorance des faits d'autrui est toujours excusable (2). N'était-ce pas au débiteur à éclairer le fidéjusseur sur les moyens de défense dont il avait seul connaissance ? Ne devait-il pas penser que le fidéjusseur ne pouvait les deviner (3) ? Quel reproche peut-on faire d'ailleurs au fidéjusseur qui n'a fait que remplir son obligation, et qui, sommé de payer, s'est empressé d'obtempérer pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens (4) ? Dira-t-on qu'il devait avertir le débiteur principal des poursuites dont il était l'objet (5), et se renseigner auprès de lui ? Sans doute il doit donner avis au débiteur quand il en a le temps et que le créancier ne le presse pas trop vivement pour payer. Mais nous sommes ici dans un cas où il est poursuivi personnellement et où ses hésitations seront considérées comme un refus de payer. A quoi aurait abouti, dans ce cas, ses communications avec le débiteur absent ou éloigné ? La poursuite n'aurait-elle pas marché ? Le fidéjusseur n'aurait-il pas été, pendant ces pourparlers, pressé, saisi dans ses biens, incarcéré peut-être ? Fallait-il s'exposer à ces fâcheuses extrémités pour un débiteur qui oublie que son fidéjusseur fait cause commune avec lui, et qui garde avec lui un silence qui est une faute (6) ?

sement soit donné par acte extrajudiciaire. Cette précaution, d'ailleurs, enlèvera au débiteur la possibilité d'en nier l'existence, et mettra la caution à l'abri des chances, toujours incertaines, d'une preuve testimoniale."

(1) Ulp., l. 29, D., *mandati*.

(2) L. 5, § 1, D., *pro suo* (Neratius).

(3) Favre, *Ration.*, sur la loi 29, § 2, D., *mandati*

(4) Domat, III, IV, 3, § 7.

(5) Arg. de l'art. 2028.

(6) Add. Sebire et Carteret, n. 119, disent aussi ; " Mais du moment où elle (la caution) se trouve poursuivie, elle n'a plus besoin d'avertir le débiteur ; de même, du moment où elle a averti le débiteur, elle n'est

384. Il en serait autrement si le fidéjusseur payait spontanément et sans être poursuivi. Dans ce cas, comme rien ne l'empêche de s'aboucher avec le débiteur principal, il ne doit pas aller au-devant du créancier sans avertir le débiteur qu'il veut se libérer et sans se concerter avec lui. Quand il néglige cette précaution, il est responsable du payement fait sans cause ; il est privé de toute action en recours s'il vient à être établi, soit que le débiteur principal avait déjà payé, soit qu'il avait un moyen triomphant de faire déclarer la dette éteinte. On suppose la collusion entre le créancier et le fidéjusseur. On laisse ce dernier se démêler avec le premier par la répétition de l'indû exercée à ses risques et périls. Telle est la disposition du deuxième alinéa de notre article. Il faut l'entendre sainement, et n'en pas méconnaître la portée restreinte, ainsi que je l'ai vu faire quelquefois. Je le répète : le deuxième alinéa de l'article 2031 n'exige la

plus obligée d'attendre les poursuites. Dans les deux cas, elle est également en règle et conserve son recours.

" Tel est le sens grammatical et rigoureux des termes de l'article 2031, ainsi que le reconnaît Duranton, t. XVIII, n. 357.

" Mais cet auteur prétend qu'il ne faut pas entendre ainsi l'article précité. Selon lui, il n'est pas nécessaire, pour que la caution perde son recours, qu'il y ait concours des deux circonstances exprimées ; il émet l'opinion que la caution qui aurait été poursuivie, mais qui n'aurait pas averti le débiteur du payement qu'elle allait faire, perdrait également son recours. Le système contraire serait, à son avis, " opposé à tous les " principes, et bien évidemment à l'art. 1640."

Nous ne le croyons pas. Il nous semble d'abord que l'article 1640 serait à tort invoqué ici, puisqu'il est spécial à la matière de la vente, et que d'ailleurs il fait dépendre la perte du recours de l'acquéreur contre son vendeur, non du simple fait de poursuites commencées par le tiers qui exerce l'éviction, mais d'un jugement passé en force de chose jugée ; tandis que l'article 2031 n'exige pas que les choses aient été poussées si loin, ce qui est une preuve évidente, selons nous, que l'art. 1640 ne peut être d'aucune application en matière de cautionnement.

" Quant aux autres principes qui, d'après Duranton, seraient violes par notre doctrine, nous aurions désiré que cet auteur eût pris la peine de les indiquer ; car nous n'en connaissons aucun qui lui soit opposé."

nécessité d'un avis au débiteur principal que lorsque le fidéjusseur veut prévenir les poursuites et se libérer par un payement spontané ; mais il est tout à fait inapplicable dans le cas où le fidéjusseur est sommé, actionné, poursuivi (1).

385. C'est ce que n'a pas aperçu Delvincourt (2), dont l'erreur, toute manifeste qu'elle est, a cependant été suivie par Duranton (3) et Zachariæ (4). Delvincourt veut que la

(1) Add. Opin. conf. de Sebire et Carteret, n. 120, où ils disent : " En effet, si elle (la caution) connaissait le moyen opposable, elle est en faute pour avoir payé sans l'opposer ; et, si elle l'ignorait, elle est encore en faute pour avoir payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur du payement qu'elle allait faire, et auquel celui-ci aurait pu s'opposer." Op. conf. à Troplong par O. Leclercq, t. VII, p. 35 et 36.

Deleurie ajoute, n. 11894 : " Le fidéjusseur qui paye après le terme, quoiqu'il ne soit ni condamné ni poursuivi, n'en a pas moins son recours contre le débiteur. L'obligation de l'un et de l'autre était de payer au terme : le fidéjusseur a acquitté l'engagement commun."

Proudhon, *Usuf.*, n. 1325, tire du principe développé par Troplong, n. 384, la conséquence que l'exception de chose jugée avec la caution simple n'opère pas à l'égard du débiteur principal. Cet auteur tire cette autre conséquence, à savoir : que le débiteur principal ne peut appeler des jugements rendus contre les cautions non solidaires."

(2) T. III, p. 145, notes.

(3) T. XVIII, n. 357.

Add. Où Duranton dit en parlant de l'art. 2031 : " Il n'est toutefois pas nécessaire, pour que cette disposition soit applicable, qu'il y ait le concours des deux circonstances exprimées ; défaut de poursuites contre la caution et défaut d'avertissement de la part de celle-ci ; autrement il résulterait de là que la caution qui aurait payé sur poursuites aurait son recours contre le débiteur, quoique celui-ci, lors du payement, eût des moyens de faire déclarer la dette éteinte, quoiqu'elle ne l'eût point averti, c'est-à-dire, dans l'espèce, quoiqu'elle ne lui eût point dénoncé les poursuites, ne l'eût point appelé en garantie ; or, cela serait contraire à tous les principes, et bien évidemment à l'art. 1640. Il faut donc entendre l'art. 2031 comme s'il avait dit : lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, ou lorsque, étant poursuivie, elle a payé sans l'avertir, elle n'a point de recours contre lui, si, au moment du payement, ce débiteur avait des moyens propres à

(4) T. III, p. 163, et note 7.

nécessité de l'avertissement soit absolue, de telle sorte que le fidéjusseur soit responsable de l'avoir omise, alors même qu'il est poursuivi. Mais où Delvincourt a-t-il puisé cette doctrine? Est-ce dans notre article? Non. Car le texte dit le contraire, et, pour priver le fidéjusseur de l'action *mandati contraria*, il exige le concours de deux circonstances: le défaut de poursuites et le défaut d'avis. Aussi, dans le système de Delvincourt, en est-on réduit à dire que la rédaction de cet article *est inexacte.*

Est-ce l'ancien droit qui autorise Delvincourt à s'écarter du texte? Pas davantage. Les lois romaines, dans lesquelles l'article 2031 a été puisé, loin de vouloir que le fidéjusseur poursuivi donne avis au débiteur principal, supposent au contraire que c'est le débiteur principal qui aurait dû avertir le fidéjusseur que la dette était, par lui, éteinte, ou qu'il avait un moyen tranchant de faire échouer le créancier; et Pothier (nº 438) ne manque pas d'insister sur ce que le débiteur principal est en faute de n'avoir pas averti la caution. De plus, Domat donne à cette doctrine le dernier coup de pinceau en insistant sur la faveur que mérite le fidéjusseur qui,

faire déclarer la dette éteinte: par exemple, le moyen de prescription, une remise qui lui a été faite, un payement, une compensation qui s'est opérée entre lui et le créancier, la perte, arrivée par cas fortuit, de la chose qui était due, etc. Mais des moyens qui étaient personnels à la caution, et que celle-ci a négligé de faire valoir, par exemple son état de femme mariée non autorisée lorsqu'elle a cautionné, ne pourraient être allégués par le débiteur. Celui-ci ne pourrait pas davantage, du moins généralement, opposer de simples nullités de procédure que la caution aurait pu faire valoir, ni des exceptions dilatoires, ni enfin des exceptions d'incompétence négligées par elle."

Demante dit, n. 791: "Elle (la caution) ne serait certainement pas en faute, si, en payant même volontairement, elle en avait donné *préalablement* avis au débiteur, qui aurait pu alors lui faire connaître ses moyens. Ce n'est donc qu'autant qu'elle a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur, que le recours lui est en général refusé. Il est évident, du reste, que, dans ce cas, il lui reste une action en répétition contre le créancier."

sommé de payer, n'a acquitté la dette de bonne foi que pour prévenir une exécution ou la saisie de ses biens.

386. Quel peut donc être, encore une fois, le soutien de l'opinion de Delvincourt? C'est un argument tiré de l'art. 1640 du code civil. Parce que l'art. 1640 fait cesser la garantie pour cause d'éviction quand l'acquéreur s'est laissé condamner sans appeler le vendeur qui avait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande, notre auteur veut à toute force, contre le texte même de l'art. 2031, que l'action *mandati contraria* cesse lorsque le fidéjusseur poursuivi a payé sans avertir le débiteur principal qui avait moyen de faire repousser l'action. Mais la parité me paraît manquer entièrement entre ces deux cas (1). Dans l'art. 1640, c'est un acheteur qui plaide ; dans l'art. 2031, c'est un fidéjusseur qui paye. Or celui qui plaide a le temps d'appeler son garant ; il est en faute s'il ne le fait pas ; au contraire, celui qui paye

(1) *Junge* Ponsot, n. 249.

Add. Où il dit : " Mais l'avertissement est-il exigé, lorsque la caution qui a payé sans avertir le principal débiteur, ne l'a fait que sur les poursuites dirigées contre elle par le créancier ? Delvincourt l'enseigne, et son opinion est suivie sur ce point par Duranton (*a*). Ces deux jurisconsultes pensent que, dans notre hypothèse, la caution, bien qu'elle fût poursuivie à la fin du payement, est en faute de n'avoir point, avant de payer, averti le débiteur des poursuites dirigées contre elle, et dès lors, disent-ils, tous les principes du droit, et notamment la disposition formelle de l'article 1640 du code civil, s'opposent à ce qu'on puisse lui accorder un recours en garantie.

" Cette décision est au moins fort dure, car, dans notre hypothèse, la caution a payé de bonne foi, soit pour éviter un procès et des frais, soit pour éviter la saisie de ses biens ou de sa personne. On lui reproche, il est vrai, de n'avoir point averti préalablement le principal débiteur ; mais le principal débiteur qui a payé ou à qui le créancier a fait remise, etc., n'est-il pas également en faute de n'avoir point averti la caution de sa libération ? Cette négligence du débiteur est-elle plus excu-

(*a*) *Cours de droit français, suivant le code civil*, par Duranton, *t*. XVIII, n. 357.— *Cours de code civil*, par Delvincourt, tome III, note 2 de la page 145.

ce qu'il doit afin d'éviter une saisie, une exécution, une incarcération, est poussé par l'urgence; le temps lui manque

sable que celle de la caution qui, étant actionnée par le créancier, n'a point présumé que la dette était éteinte ?

" L'art. 1640 ne nous paraît pas, comme à ces savants maîtres, trancher la question qui nous occupe.

" Dans l'hypothèse de l'art. 1640, il s'agit d'un acheteur qui, plaidant sur une action en revendication dirigée contre lui, se serait laissé condamner par un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, sans avoir mis en cause le vendeur, lorsque ce dernier avait à opposer des moyens suffisants pour faire rejeter la demande; tandis que dans notre hypothèse il s'agit d'une caution qui, sur les poursuites dirigées contre elle par le créancier, et ignorant que la dette principale se trouvait éteinte, aurait payé cette dette sans en avertir préalablement le débiteur.

" Or, ces deux hypothèses, selon nous, sont loin d'être identiques. Tout ce qu'on peut faire, par *analogie* de l'art. 1640, c'est de repousser l'action en garantie qui serait exercée par la caution, dans le cas où celle-ci, défendant aux poursuites dirigées contre elle, se serait laissé condamner en dernier ressort sans appeler en cause le principal débiteur qui avait à opposer à l'action du créancier quelque moyen péremptoire. Mais telle n'est pas la question que nous avons à résoudre. Nous n'examinons point ici la question de savoir si la caution peut *plaider* sans appeler en cause le principal débiteur; nous examinons seulement si elle peut *payer* valablement sans dénoncer préalablement à ce débiteur les poursuites dont elle est l'objet.

" Nous comprenons que la caution qui plaide sans appeler en cause le principal débiteur plaide à ses risques et périls, car elle dépasse les limites de son mandat : elle n'avait pas, en effet, mission de plaider et de compromettre en justice les droits du principal débiteur. Mais nous ne comprenons plus qu'on se montre si sévère à l'égard de la caution qui paye simplement, car, en payant, elle n'a fait que remplir son obligation, exécuter son mandat.

" La caution qui plaide multiplie les frais, et ce qu'elle a indûment payé en vertu du jugement rendu contre elle ne peut plus être répété par personne; au contraire, la caution qui paye sur les premières poursuites, évite les frais, et si elle a indûment payé, elle acquiert au débiteur l'action en répétition de l'indû. Le fait de la première caution est donc évidemment plus préjudiciable au principal obligé que le fait de la se-

pour se consulter avec le débiteur principal, souvent éloigné de lui.

Sans doute, si le fidéjusseur, au lieu de payer, avait plaidé, et qu'il n'eût pas appelé en cause le débiteur qui avait moyen de faire rejeter la demande, ce dernier pourrait lui

conde. C'est encore une raison, ce nous semble, pour ne point les assimiler.

" La doctrine professée par Delvincourt et Duranton nous paraît encore moins admissible dans le cas où les poursuites dirigées contre la caution ne sont pas de simples demandes en justice, mais des contraintes décernées, soit contre ses biens, soit contre sa personne. Il nous semble qu'on ne peut raisonnablement exiger de cette caution qu'avant de payer, elle dénonce préalablement au principal obligé fort éloigné d'elle, peut-être, les poursuites dont elle est l'objet, au risque de voir, en attendant, ses biens vendus à l'encan ou sa personne écrouée dans les prisons.

" Ajoutons enfin que, d'accord avec nous, la loi romaine, notre ancienne jurisprudence et le code excusent la caution qui paye la dette éteinte, toutes les fois qu'elle ne l'a fait que sur les poursuites dirigées contre elle et dans l'ignorance des exceptions que pouvait invoquer le débiteur principal.

" La loi 29, princ., ff., *mand.*, est très-expresse sur ce point;

" *Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numera-*
" *tam pecuniam, solverit ex causâ fidejussionis ; an mandati judicio*
" *persequi possit id quod solverit, quæritur. Et si quidem sciens præ-*
" *termiserit exceptionem... videtur dolo versari... Ubi vero ignoraverit,*
" *nihil quod ei imputetur. Pari ratione, et si aliqua exceptio debitori*
" *competebat, pacti fortè conventi, vel cujus alterius rei, et ignarus hanc*
" *exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati exceptionem com-*
" *petere.*"

" Notre ancience jurisprudence n'est pas moins explicite. La doctrine d'Ulpien, dont nous venons de rapporter les paroles, est reproduite notamment par Domat en ses *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. III, § 7; et par Pothier, en son *Traité des Obligations*, n. 437.

" Voici en quels termes s'explique Domat sur la question qui nous occupe : " Si le fidéjusseur, étant sommé de payer, acquitte la dette de
" bonne foi pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens, ne
" sachant pas, ou que le débiteur avait une compensation à faire, ou que
" même il avait payé, ou que même il avait d'autres moyens pour dé-
" fendre contre le créancier, il ne laissera pas que d'avoir son recours;

refuser l'indemnité de la condamnation par lui supportée (1); car il n'avait pas mandat pour représenter le débiteur dans un procès; et puisqu'il avait des doutes assez graves pour conduire les choses jusqu'à cette extrémité, il devait se concerter avec le débiteur, et ne pas prendre imprudemment la charge d'un débat dont les moyens de défense lui étaient

" car le débiteur doit s'imputer de n'avoir pas averti le fidéjusseur de " ne pas payer."

" Pothier, dans le passage auquel nous renvoyons, n'est pas moins formel.

" Voyons maintenant si le code abroge ou consacre cette ancienne doctrine.

" Après avoir posé en principe, dans l'art. 2028, que la caution qui a payé la dette cautionnée a son recours contre le débiteur principal, le législateur ajoute :

" Lorsque la caution aura payé *sans être poursuivie* ET *sans avoir aver-* " *ti le débiteur principal,* elle n'aura point de recours contre lui dans le " cas où, au moment du payement, ce débiteur aurait eu des moyens " pour faire déclarer la dette éteinte, sauf son action en répétition contre " le créancier."

" N'est-ce pas dire clairement que la caution qui a payé la dette, sans savoir qu'elle fût éteinte, peut exercer son action en garantie si elle n'a point payé, tout à la fois *sans être poursuivie et sans avertir le débiteur*; mais que l'une de ces conditions suffit pour que son action soit recevable? Rien ne nous paraît plus évident.

" Mais la disposition du code, quelque générale qu'elle soit dans ses termes, ne doit-elle pas être limitée en certains cas?

" Pothier, dans les ouvrages duquel nos législateurs l'ont puisée, Pothier, dis-je, enseignait que la décision d'Ulpien ne devait pas s'appliquer lorsque le fidéjusseur avait cautionné le principal débiteur à son insu; car, en ce cas, le débiteur principal n'était pas en faute de n'avoir pas averti la caution qu'il ne connaissait pas. On pourrait ajouter : et parce que la caution était en faute de n'avoir pas averti le débiteur du cautionnement qu'elle avait donné.

" Ce que Pothier disait de la loi d'Ulpien, on peut le dire de l'article du code qui la traduit. Observez, néanmoins, que le débiteur ne peut reprocher à la caution de ne l'avoir pas averti de ce cautionnement, s'il le connaissait par une autre voie."

(1) *Infrà*, n. 455.

inconnus. Mais il en est autrement quand le fidéjusseur paye de bonne foi et avec une juste ignorance des faits du débiteur. Il a mandat pour payer, et c'est au débiteur, qui a des motifs suffisants pour que ce payement ne se fasse pas, à révoquer ce mandat et à faire connaître au fidéjusseur le véritable état des choses.

L'article 1640 est ici entièrement inapplicable. L'article 1640 a craint avec raison la collusion de l'acheteur qui a quelquefois intérêt à être évincé (1). La collusion est beaucoup moins à craindre de la part du fidéjusseur, qui a plutôt intérêt à ne pas payer.

L'article 1640 s'occupe d'un acquéreur, c'est-à-dire d'une personne munie d'un titre qui lui donne le droit de garder la chose, et qui lui impose le devoir de la défendre par tous les moyens légitimes.

L'art. 2031 s'occupe d'un fidéjusseur, c'est-à-dire de celui dont le titre l'oblige à payer quand il en est requis, et qui, en payant, obéit à la bonne foi, remplit sa promesse, est fidèle à ses engagements (2). Dans le premier cas, le vendeur a dû compter sur la résistance de l'acquéreur. Dans le second, le débiteur principal a dû s'attendre à l'obéissance du fidéjusseur. Le vendeur, se confiant à l'énergie du sentiment de la propriété, était bien sûr que l'acheteur épuiserait tous les moyens de défense ; que, par conséquent, lui, vendeur, serait mis en cause, et qu'alors il serait temps de produire ses exceptions contre la demande originaire. Le débiteur principal, au contraire, devait prévoir que le payement était la conséquence nécessaire de l'obligation du fidéjusseur ; et, puisque la bonne foi s'opposait à ce que le payement fût retardé, il était de son devoir de venir au-devant du fidéjusseur, et de lui fournir, ne fût-ce que par humanité, les exceptions de nature à faire cesser ses embarras.

(1) Mon *Comm. de la Vente,* n. 540; mon *Comm. des Hypothèques* n. 822.

(2) *Solvendo fidem implet fidejussor* (Favre, *Code,* VIII, XXVIII, 1.)

Enfin, dans le cas de l'art. 2031, l'action du fidéjusseur est une action de mandat, et l'on sait que la bonne foi y doit être exubérante, afin que le mandataire ne soit pas victime de son office (1). Le mandataire, surtout quand il a rendu un service aussi important que l'est un cautionnement, ne doit pas être traité avec amertume. Tant de subtilité de la part du débiteur dégénèrerait en ingratitude et en mauvaise foi.

1953. La caution qui s'est obligée du consentement du débiteur peut agir contre lui, même avant d'avoir payé, pour en être indemnisée :

1. Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ;

2. Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ;

3. Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa quittance dans un certain temps ;

4. Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée, sans avoir égard au délai accordé par le créancier au débiteur sans le consentement de la caution ;

5. Au bout de dix ans,

1953. The surety who has bound himself with the consent of the debtor may, even before paying, proceed against the latter to be indemnified :

1. When he is sued for the payment :

2. When the debtor becomes bankrupt or insolvent ;

3. When the debtor has obliged himself to effect his discharge within a certain time ;

4. When the debt becomes payable by the expiration of the stipulated term, without regard to the delay given by the creditor to the debtor without the consent of the surety ;

5. After ten years, when

(1) L. 61, § *Quod verum*, D., *de furtis*.

lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance ; à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit de nature à ne pouvoir être éteinte avant un terme déterminé.

the term of the principal obligation is not fixed, unless the principal obligation, such as that of a tutor, is of a nature not to be discharged before a determinate period.

---

* *C. N.* 2032. } La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée,

1° Lorsqu'elle est poursuivie en Justice pour le paiement ;

2° Lorsque le débiteur fait faillite, ou est en déconfiture ;

3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.

---

* *C. L.* 3026. } La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée :

1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le payement ;

2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ;

3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale est de nature à durer plus longtemps ; à moins que l'obliga-

tion principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.

---

* *ff. Liv.* 17, *Tit.* 1, *Mandati, L.* 38, § 1. } Non absimilis illa, quæ frequentissimè agitari solet, fidejussor an, et priùs quàm solvat, agere possit, ut liberetur ? Nec tamen semper exspectandum est ut solvat, aut judicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessavit, aut certè bona sua dissipavit : præsertim si domi pecuniam fidejussor non habebit, qua numerata creditori, mandati actione conveniat. (MARCELLUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } On peut rapporter ici une question semblable, et qui se présente fort souvent. Celui qui a répondu peut-il former sa demande pour être libéré avant d'avoir payé ? Il ne faut pas toujours attendre que le répondant ait payé, ou qu'ayant été actionné, il ait été condamné : car si le débiteur a laissé écouler un long espace de temps sans payer, ou s'il dissipe ses biens, le répondant pourra former sa demande en libération, surtout s'il n'a point l'argent tout prêt pour payer, et revenir ensuite contre le débiteur par l'action du mandat. (MARCELLUS).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1948.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2032 *C. N.* } Conforme à la loi 10, *Cod. mandati*, et à la loi 38, ff. *eod.*

La jurisprudence avait expliqué par l'espace de dix ans, le mot *diù* de la loi 38, *si reus diù in solutione cessavit.*

Mais cet article s'applique-t-il aux rentes constituées, c'est-à-dire, si le débiteur de la rente est exact à la payer, la caution peut-elle le forcer après dix ans à rembourser le capital, quoiqu'il n'y ait rien de stipulé à ce sujet dans l'acte ?

Au parlement de Toulouse, on jugeait pour la négative, *Catellan*, liv. 5, ch. 21, *Serres*, p. 482. *Pothier*, n. 443, dit que

l'opinion contraire est reçue au Palais ; il cite à l'appui de son sentiment *Basnage*, part. 2, ch. 5, et un arrêt rapporté par *Rousseaud.*

Comme notre article ne distingue pas, je crois qu'il faut suivre l'opinion de Pothier ; il n'y a pas en effet de parité entre la caution d'une tutelle, d'un bail à longues années, d'un mari pour la restitution de la dot, et celle d'une rente constituée : la première est de nature à ne pouvoir pas finir avant la tutelle, le bail ou le mariage ; mais on peut rembourser les capitaux des rentes, et chaque jour en effet on voit de tels remboursements.

---

* *Serres*, *Inst.*, *Liv.* 3, *Tit.* 21, § 2 } L'obligation de la caution passe à ses héritiers sans difficulté, ainsi qu'il est dit dans ce texte ; cependant la caution elle-même, après avoir demeuré un assez long tems obligée, par exemple, pendant dix années, peut agir contre le débiteur principal, afin qu'il paye, et qu'il la libére par là du cautionnenent : car c'est par ce tems de dix ans que les Arrêts ont interprété le *diu*, ou le long tems, dont il est parle dans la Loi 38. §. 1. *ff. mandati. Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 21.

Il en est autrement de la caution d'une rente constituée : car elle ne peut pas contraindre le débiteur principal de payer le capital, et de la libérer, tandis qu'il paye exactement la rente, *Catellan*, *ibid.* mais soit qu'il n'y ait pas dix années depuis le cautionnement, soit qu'il s'agisse même de la caution d'une rente constituée, elle peut agir contre le débiteur principal, toutes les fois que celui-ci dissipe ses biens, ou ne paye pas les arrérages de la rente, suivant la Loi déjà citée.

Les cautions sont encore déchargées de leur obligation par une novation, quoiqu'imparfaite et insuffisante pour éteindre la premiere obligation du débiteur : car quoiqu'en celui-ci et son créancier il ne puisse pas y avoir de novation parfaite, s'ils n'en ont convenu expressément, suivant la Loi derniere, *cod. de novationib.* comme nous l'osberverons ci-après, en parlant de la novation, cependant l'obligation des

cautions demeure éteinte, lorsque, par exemple, après le terme de la premiere obligation expiré, le créancier par une seconde convention proroge le tems au débiteur, sans la participation de la caution ; lorsqu'il convertit l'obligation principale qui étoit à jour, en un contrat de constitution de rente ; lorsqu'il est fait un second bail, ou une reconduction tacite, et autres cas semblables, pour lesquels il est évident que la caution n'a pas entendu s'obliger.

---

* 3 *Delvincourt*, *sur art.* 2032 *C. N.*, *p.* 145 *et p.* 262 *des notes.* } Lorsque le terme accordé dans le principe pour le paiement de la dette, est arrivé, quand même le créancier auroit accordé un nouveau délai (1).

(1) *Quand même le créancier auroit accordé un nouveau délai.* La prorogation ne décharge point la caution ; mais elle n'est pas obligée d'attendre l'expiration du nouveau délai ; elle a dû croire que son obligation finiroit à la première échéance : elle peut donc, dès-lors, exiger que le débiteur lui rapporte sa décharge.

---

3 *Mourlon Rep.*, *C. N.*, *n°* 1159. } VII. Des cas ou la caution peut agir contre le débiteur, même avant d'avoir payé —Elle peut agir même avant d'avoir payé :

1° *Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement.* Elle peut alors appeler le débiteur en cause, soit pour qu'il la défende contre le créancier, soit, si elle est condamnée, pour faire statuer par le même jugement sur son recours contre lui.

Cette manière de procéder est la plus prudente. En effet, la caution qui n'appelle point le débiteur en cause n'en recevra rien, s'il établit qu'il avait des moyens de faire déclarer la dette éteinte, et qu'ainsi la caution n'eût pas été condamnée s'il eût été appelé na procès (voy. le n. 1151-3°).

2° *Lorsque le débiteur est en faillite ou en déconfiture.* Elle peut alors, si le créancier qui compte sur elle pour être payé

néglige de se présenter au passif de la faillite, se présenter elle-même, comme si déjà elle avait payé le créancier.

Remarquons toutefois que la faillite du débiteur n'enlève pas à la caution le bénéfice du terme ; ce n'est qu'à l'égard du failli que la dette devient exigible (art. 444, C. comm.).

3° *Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps.* La convention fait, en effet, la loi des parties. Lorsque le terme convenu est arrivé, la caution peut dire au débiteur : Libérez-moi envers le créancier soit en obtenant de lui une décharge du cautionnement, soit en le payant.

4° *Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée.* Il y avait, en effet, entre la caution et le débiteur convention tacite que la caution ne resterait pas obligée au-delà du terme de la dette.

5° *Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance.* Par exemple, vous avez emprunté une certaine somme sans aucun terme fixe ; vous avez loué une maison sans dire pour combien de temps la location était faite : dans l'un et l'autre cas, la dette peut durer dix, quinze, quarante, cinquante ans, un très-grand nombre d'années. Si je vous ai cautionné, resterai-je obligé tout le temps que durera la dette ? Non, car on ne doit pas supposer que j'ai entendu rester perpétuellement obligé : une telle interprétation serait trop rigoureuse.

Cependant, si la dette qui n'a point de terme fixe d'échéance est de telle nature qu'elle ne peut pas s'éteindre avant un certain temps déterminé, la caution ne peut point, avant l'expiration de ce temps, quelque long qu'il soit, demander sa décharge, parce qu'alors elle a connu ou dû connaître la nature et la durée de l'obligation qu'elle cautionnait. Ainsi, la caution d'un tuteur ne peut lui demander sa décharge tant que la tutelle dure : car elle a dû savoir que l'obligation du tuteur ne finit ordinairement qu'avec la tutelle elle-même.

[ARTICLE 1953.]

* *Bousquet, Cautionn.*, *p.* 340-341. } Voici comment le tribun Chabot (de l'Allier) expliquait cet article, dans son rapport au Tribunat.

" Lors même que la caution n'a pas payé la dette, elle peut agir contre le débiteur :

" 1° *Si elle est poursuivie pour le paiement*, parce qu'elle ne s'est pas obligée envers le débiteur à payer pour lui, ni à supporter des frais, ni à fournir des fonds nécessaires pour la discussion ;

" 2° *Si le débiteur est en faillite*, ou se trouve dans l'état de ruine qu'en terme de droit on appelle *déconfiture,* parce qu'alors la dette est devenue exigible ;

" 3° *Si le débiteur est obligé de rapporter dans un certain temps la décharge du cautionnement*, et que ce temps soit expiré, parce que c'est une condition de l'engagement contracté par la caution, et que cette condition doit être exécutée ;

" 4° *Si la dette est devenue exigible*, *par l'échéance du terme*, quoique le créancier n'exerce pas encore des poursuites parce que la caution a intérêt de prévenir ces poursuites, et que le débiteur peut devenir insolvable ;

" 5° *Après dix années*, *lorsque l'obligation principale n'a pas un terme fixe d'échéance*, parce qu'il ne faut pas que la caution reste perpétuellement engagée."

Néanmoins, dans ce dernier cas, si l'obligation était de nature à ne pouvoir être éteinte, avant un temps déterminé, la caution ne pourrait, avant l'expiration de ce temps, quelque long qu'il fût, demander la décharge, parce qu'elle a connu, ou dû connaître la nature, ou la durée de l'obligation qu'elle cautionnait.

La personne qui s'est rendue caution d'un tuteur, ne peut lui demander décharge, tant que la tutelle dure : elle a dû savoir que l'obligation qui résulte de l'administration de la tutelle, ne peut finir qu'avec la tutelle elle-même.

De même la caution d'une rente viagère doit savoir que l'obligation de celui qui doit la rente, ne peut être éteinte qu'à la mort de celui à qui cette rente est due.

1954. La règle contenue au dernier paragraphe du précédent article ne s'applique pas aux cautions que fournissent les officiers publics ou autres employés pour la garantie de l'exécution des devoirs de leurs charges ; ces cautions ayant droit en tout temps de se libérer pour l'avenir de leur cautionnement, en donnant avis préalable suffisant, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu.

1954. The rule contained in the last paragraph of the preceding article does not apply to sureties given by public officers, or other employees, in order to secure the fulfilment of the duties of their office ; such sureties have a right at all times to free themselves from future liability under their suretyship by giving sufficient notice unless it has been otherwise agreed.

SECTION III.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES COFIDÉJUSSEURS.

1955. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions chacune pour sa part et portion.

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article 1953.

SECTION III.

OF THE EFFECT OF SURETYSHIP BETWEEN CO-SURETIES.

1955. When several persons become sureties for the same debtor and the same debt, the surety who discharges the debt has his remedy against the other sureties, each for an equal share.

But he can only exercise this remedy when his payment has been made in one of the cases specified in article 1953.

[ARTICLE 1955.]

* *C. N.* 2033. } Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ;

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent.

---

* *C. L.* 3027. } Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé en conséquence de poursuites dirigées contre elle.

---

* *Dargentré, sur art.* 213, *Cout. de Bretagne p.* 640. } Sed quæritur sæpe cùm unus de fidejussoribus solvit, an possit partem repetere ab alio, textus negat. l. cum aliter. C. de fidejuss. et negat actionem competere, idem l. ut. fidejussor. D. de fidejuss. nam solutio à fidejussore facta obligationem tantum fidejussoris dissolvit, qui pro se tantum solvere intelligitur, cum propriam obligationem dissolvit, secus quam in duobus reis, quod Bart. notat. l. Modestinus. D. de solution. ideo quod solvit per se solvit, nec inter fidejus. inter se ullum negotium geritur : sed rationem reperêre, ut quod de se non poterat fidejussor, ab alio haberet jure cesso, quia aliter solvere non cogitur, quam si sibi actiones à creditore cedantur pro partibus aliorum confidejussorum, quarum vi consequitur partes, alioqui nil laturus. Hæc sententia d. l. ut fidejussor. l. cum his ubique Bartolus. D. de fidejus. Sed illa cessio fieri debet cum ipso actu solutionis, nam post facta non valeret intervallo, nisi ante convenisset de cedendo, d. l. cùm is. hæc videtur nimium subtilis jurisprudentia, et ex apicibus agere. Quare probo glossæ sententiam d. l cùm is. semper etiam non cessione facta dari utilem negotiorum

gestorum. Quod Bartolus salebrosa sua distinctione l. Modestinus non improbat. Sed et condici solutum posse putant, si actiones cedi recusentur, quod Bart. non improbat etsi stricto jure est, quod contradici possit ex d. l. Modestinus. Fit autem cessio pro rata l. fidejussorib. D. de fidejus. Cedi et hypothecaria debet ex Bart. d. l. fidejussoribus. Doctores d. l. 1, C. de duob. reis. An invicem videantur fidejubere, lata tractatio Bartoli, Imol, Ang, l. reos. D. de duobus reis, et quos Tiraq, in retract. §. 31. numer. 9. Quare sæpe nulla ratione tam sophistici juris habita dedimus actiones fidejussoribus à confidejussoribus partem virilem petentibus, ex æquo et bono vitato circuitu inutili, et nimium formulario.

---

* *Cout. de Bretagne art.* 194 } S'ils sont plusieurs pleges, et le principal debteur les laisse contraindre à payement, chacun en doit porter sa part, comme ils sont tenus par l'obligation. Et s'ils estoient solidairement obligez, et l'un d'eux fust pris pour le tout, il aura recours vers les autres pleges, pour leur portion, sans qu'il soit besoin d'avoir autre cession du creancier.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 445. } 445. Une caution peut bien exercer contre ses cofidéjusseurs les actions du créancier, lorsqu'elle a eu la précaution de s'y faire subroger ; mais, suivant les lois romaines, elle n'a de son chef aucune action contre eux, même dans le cas auquel elle aurait payé la dette : c'est la décision de la loi 39, ff. *de Fid.*, L. 11, Cod. *eod. tit.*

Les jurisconsultes romains se sont fondés sur le principe suivant.

Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions pour un même débiteur, elles ne contractent entre elles aucune obligation : chacune d'elles n'a d'autre intention que d'obliger le débiteur principal ; chacune d'elles ne se propose de faire l'affaire que du débiteur principal, et non celle de ses cofidé-

jusseurs : *Solius rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Ce principe est vrai, et on peut même dire évident : mais n'est la conséquence que les jurisconsultes romains en ont ti-" rée,qu'un fidéjusseur ne peut jamais, sans subrogation d'actions, avoir aucune action de recours contre ses cofidéjusseurs, même lorsqu'il a payé la dette entière, dont ils étaient tous tenus," est une conséquence trop dure, et que nous n'avons pas admise dans notre jurisprudence.

Au contraire, nos jurisconsultes français ont pensé que la caution qui a payé toute la dette, peut, sans subrogation d'actions, en répéter une part de chacun de ses cofidéjusseurs. C'était l'avis de d'Argentré, sur l'art. 213 de l'ancienne coutume de Bretagne, et l'on en a fait une disposition lors de la réformation, art. 194.

Cette action ne naît pas du cautionnement que ce fidéjusseur a subi avec ses cofidéjusseurs, puisque par ce cautionnement n'ont contracté aucune obligation entre eux, suivant vant le principe ci-dessus établi : elle ne naît que du paiement que ce fidéjusseur a fait de toute la dette, et de l'équité, qui ne permuet pas que ses cofidéjussers,qui étaient tenus comme lui de la dette, profitent à ses dépens du paiement qu'il en a fait.

Cette action n'est pas la vraie action *negotiorum gestorum ;* ce fidéjusseur qui a payé la dette entière, ayant payé ce qu'il devait effectivement, s'étant acquitté de sa propre obligation, *proprium negotium gessi, magis quàm cofidejussorum :* mais cette action est une action *utilis negotiorum gestorum, quæ non ex subtili juris ratione, sed ex solâ utilitatis et æquitatis ratione proficiscitur ;* parce que, quoique ce fidéjusseur, *ipsius inspecto proposito*, en payant la dette entière, fît plutôt sa propre affaire que celle de ses cofidéjusseurs, néanmoins, *effectu inspecto*, ayant, quant à l'effet, géré l'affaire de ses cofidéjusseurs en même temps qu'il faisait la sienne, les ayant, par le paiement qu'il a fait, libérés d'une dette qui lui

était commune avec lui, l'équité exige qu'ils portent leur part de ce paiement, dont ils ont profité autant que lui.

Il y a quelques auteurs qui ont été bien plus loin, et qui ont soutenu que, dans le cas d'insolvabilité du débiteur principal, un fidéjusseur avait action de son chef contre ses cofidéjusseurs, non-seulement après qu'il avait payé le créancier, pour répéter d'eux leurs parts de ce qu'ils auraient été tenus comme lui de payer au créancier ; mais que, même avant d'avoir payé, chacun des fidéjusseurs avait action contre ses cofidéjusseurs pour qu'ils contribuent avec lui au paiement de la somme qu'il doivent tous au créancier.

Ils ont été même jusqu'à dire, que, dans le cas de l'insolvabilité d'un débiteur de rente constituée, un fidéjusseur qui se trouvait depuis un temps considérable caution de cette rente, avait action contre ses cofidéjusseurs pour qu'ils fussent tenus de contribuer avec lui au rachat de cette rente ; *Voyez* Basnage, *Traité des Hypothèques*, p. 2, ch. 6, qui cite quelques arrêts du Parlement de Normandie qui l'ont jugé ainsi ; et Brodeau sur Louet, lettre F, ch. 27, qui cite aussi un arrêt du Parlement de Paris. Mais je pense que ces auteurs ont été trop loin.

J'accorde que, lorsque l'un des fidéjusseurs est poursuivi par le créancier, ce fidéjusseur poursuivi a action contre ses fidéjusseurs, pour qu'ils aient à fournir chacun leur part de la somme demandée, dont le paiement doit faire cesser les poursuites ; et qu'à faute de ce faire, ils seront tenus, chacun pour leur part,des frais faits depuis que les poursuites leur auront été dénoncées.

Cette action naît des poursuites faites contre ce fidéjusseur et de l'équité, qui ne permet pas qu'entre plusieurs qui sont tenus également d'une même dette, l'un en soit plus poursuivi que les autres. C'est sur cette raison d'équité qu'à été établi le bénéfice de division entre les cofidéjusseurs.

Cette même raison d'équité qui fait admettre un fidéjusseur poursuivi pour le paiement, à demander au créancier qu'il partage son action et ses poursuites entre tous les fidé-

jusseurs,le doit pareillement faire admettre à demander à ses cofidéjusseurs qu'ils contribuent, chacun pour leur part, au paiement de la dette ; et faute de ce, au paiement des frais faits depuis que les poursuites leur sont dénoncées. Il doit être admis à cette demande, même lorsqu'il a renoncé au bénéfice de division, ou qu'il en est exclu par la nature de la dette cautionnée ; cette renonciation et cette exclusion n'ayant lieu qu'en faveur du créancier.

Mais, tant que le fidéjusseur n'est pas poursuivi pour le paiement, il n'a aucune action contre ses cofidéjusseurs pour les obliger à contibuer avec lui au paiement de la dette : car les cofidéjusseurs, suivant le principe établi ci-dessus, n'ayant entendu contracter entre eux aucune obligation, celle d'où naît l'action que l'un d'eux a contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'il est poursuivi, n'est fondée que sur une raison d'équité, qui naît de la poursuite même qui est faite contre lui ; d'où il suit qu'il n'en peut avoir aucune ; tant qu'il n'est pas poursuivi.

A plus forte raison, le fidéjusseur d'une rente ne peut pas, en cas d'insolvabilité du débiteur principal, avoir action contre ses cofidéjusseurs, pour les obliger à contribuer avec lui au rachat de la rente ; car de quelle obligation pourrait naître cette action ? Lorsque le fidéjusseur l'a rachetée, il ne peut non plus demander autre chose à ses cofidéjusseurs, que la continuation de la rente, chacun pour leur part : car l'action qu'il a contre eux ne pouvant naître que de la règle d'équité, qui ne permet pas que ses cofidéjusseurs profitent de ce rachat à ses dépens ; ces cofidéjusseurs ne retirant de ce rachat d'autre profit que la libération de la prestation d'une rente, ils ne peuvent être tenus à autre chose qu'à lui continuer, chacun pour leur part, une rente pareille à celle dont le rachat les a libérés envers le créancier (1).

(1) Le 2e alinéa de l'art. 2033, C. civ., autorise le recours de l'une des cautions contrr les autres, lorsqu'elle a payé dans un des cinq cas exprimés dans l'article précédent. (Bugnet).

[ARTICLE 1955.]

Une caution qui a payé une dette exigible, ou racheté une rente, a action contre les autres cautions principales, et en cas d'insolvabilité de quelques-unes d'entre elles, contre les certificateurs de cette caution insolvable, qui, à cet égard, la représentent : mais elle n'a aucune action contre ses propres certificateurs qui l'ont certifiée elle-même : car le certificateur est le fidéjusseur de la caution qu'il certifie, *est fidejussor fidejussoris ;* la caution, vis-à-vis de ses propres certificateurs, tient lieu d'un débiteur principal, *est instar rei principalis.*

Par la même raison, lorsque le certificateur a payé, il a recours pour le total contre la caution qu'il a certifiée.

---

* *Serres*, *Inst.*, *Liv.* 3, *Tit.* 21, § 4, *p.* 484. } Lorsqu'une des cautions a payé l'entiere dette, elle ne peut pas sans doute, quoique le débiteur principal se trouve insolvable, rien répéter du créancier ; mais elle peut, lorsqu'elle fait le payement, obliger le créancier à lui céder ses actions contre les autres cautions, c'est-à-dire, à la subroger à son lieu et place, et c'est encore un autre avantage accordé à la caution, qu'on appelle en Droit, *beneficium cedendarum actionum*, moyennant quoi et lorsque la caution a ainsi pris la cession et subrogation du créancier, elle peut agir contre les autres cautions pour en exiger le payement, sa portion déduite, de la même maniere que le créancier auroit pu le faire ; mais quand l'une des cautions a tout payé sans cession ni subrogation, il n'y a plus de difficulté : car suivant ce paragraphe, suivant la Loi 39. *ff. de fidejussoribus*, et la Loi 11. *cod. eodem*, de même que suivant *Catellan*, *Liv.* 5. *chap.* 49. la caution ne peut alors agir contre les autres cautions pour répéter d'elles leur part de la dette, et ce qu'il a payé, bien qu'à leur libération est perdu pour lui, par cette raison, dit-on, que quoique les cautions soient toujours solidaires envers le créancier, elles ne sont pas pourtant cautions entr'elles ; cela paroît néanmoins trop dur, et plus encore ce que *Catellan* ajoute, qu'après le payement une fois fait, la caution

ne peut plus contraindre le créancier à lui céder ses actions : aussi *Maynard*, *liv.* 2. *chap.* 49. dit que tout cela est plus fondé en subtilité qu'en raison et en équité, et rapporte un Arrêt en faveur de la caution qui n'avoit pris la subrogation du créancier qu'après le payement ; ce qui est aussi conforme à la doctrine de *Vinnius* sur ce texte. *Dolive* va même plus loin, *liv.* 4. *chap.* 31. *de ses Arrêts :* car il dit qu'on ne doit pas faire difficulté de suppléer la subrogation, comme étant de droit et sousentendue en faveur de la caution qui a payé le créancier, pour lui donner action contre les autres cautions qu'il a libérées de la dette commune ; et cela est juste.

---

* 3 *Delvincourt, sur art.* 2033 *C. N., p.* 139, 146. } *Plusieurs personnes* : Parce que la même obligation peut être cautionnée par plusieurs personnes, ensemble ou séparément. Dans ce cas, les cautions se nomment cofidéjusseurs.

Ce recours ne peut même avoir lieu, qu'autant que la caution a payé dans un des cas énoncés en l'article 2032.

---

* *Dard, sur art.* 2033 *C. N.* } Cout. de Bretagne, art. 194, et d'Argentré, sur l'art. 213 de l'ancienne Cout. de Bretagne.

Dans le droit romain la caution ne pouvait exercer son recours contre ses cofidéjusseurs que lorsqu'elle s'était fait subroger aux droits du créancier, *Vid. Leg.* 39, *ff. de fidejuss.*, *et leg.* 11, *Cod. eod. tit.* Mais la jurisprudence française n'avait pas suivi cette décision des jurisconsultes romains, qui était néanmoins la conséquence d'un principe vrai, celui que les cautions qui s'obligent pour un même débiteur ne contractent entre elles aucune obligation.

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2033 *C. N.* } Suivant le pur droit romain, la caution qui avait payé n'avait d'action contre ses cofidéjusseurs, que lorsqu'elle s'était fait subroger aux

droits du créancier ; mais en France on suppléait à cette subrogation, et on la jugeait acquise de droit. *d'Argentré* sur l'article 213 de la coutume de Bretagne. *Pothier*, n. 445, *Serres*, p. 484.

Notre article dit que le recours de la caution contre ses co-fidéjusseurs n'a lieu que dans les cas énoncés dans l'article précédent ; en effet, si hors de ces cas, elle voulait forcer ses co-fidéjusseurs à s'unir à elle pour se libérer, elle n'y serait pas reçue ; et quand même elle aurait payé, elle ne pourrrait pas directement les forcer à lui rembourser leur part ; elle serait seulement subrogée aux droits du créancier, pour agir contre le débiteur et contre les autres cautions, de la même manière que le créancier aurait pu le faire. *Voyez* Pothier au lieu cité.

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2033 *C. N.* } Suivant le Droit Romain, la caution qui avait payé la dette ne pouvait agir en recours contre les autres cofidéjusseurs, qu'autant qu'elle s'était fait céder les actions du créancier ; c'est-à-dire, qu'elle avait obtenu la subrogation dans ses droits. Elle n'avait de son chef aucune action contre eux. La raison de cette disposition était que les cautions ne s'engagent point les unes envers les autres, ce qui est incontestable ; mais la conséquence que l'on en avait tirée était trop dure, et n'a point été admise dans notre Droit. Il est bien vrai que toutes les cautions d'une même dette en sont débitrices solidairement vis-à-vis du créancier ; mais la dette doit se diviser entre elles comme entre les débiteurs solidaires. Aussi nos Jurisconsultes Français ont admis cette division , et elle a été exprimée dans l'article 194 de la nouvelle Coutume de Bretagne, conformément à l'avis de Dargentrée sur l'article 213 de l'ancienne.

---

* *Rogron, sur art.* 2033 *C. N.* } *A recours contre les autres cautions.* La caution, par le paiement qu'elle a fait, ayant libéré ses cofidéjusseurs d'une dette qui leur était commune, l'équité exige qu'ils supportent leur part de ce paiement.

Enoncés en l'article précédent. Parce que si, dans la plupart des cas, elle n'avait pas payé, les autres cautions y auraient été contraintes.

---

* *Bousquet, Caution. p.* 341. } Dans le droit romain, celui des cofidéjusseurs qui avait payé la dette, n'avait pas recours contre les autres, à moins qu'il ne se fût fait expressément subroger aux droits du créancier.

Mais, comme en payant la dette, il fait l'affaire de ses cofidéjusseurs, en même temps qu'il fait la sienne et celle du débiteur, puisqu'en payant il libère les cofidéjusseurs, comme il se libère lui-même de la dette qui leur était commune à tous, il est donc juste que chacun d'eux en supporte sa part.

Dans notre ancien droit, on ne suivait pas la loi romaine, on ne l'a pas non plus adoptée dans le nouveau.

Mais le cofidéjusseur ne peut exercer le recours contre les autres, s'il a payé, sans avoir été poursuivi en justice par le créancier, ou sans que le débiteur fût en faillite, ou en déconfiture, ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur s'était engagé à lui rapporter décharge, ou avant l'échéance de l'obligation, ou avant l'expiration du temps déterminé pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre.

CHAPITRE TROISIÈME.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

1956. L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

CHAPTER THIRD.

OF THE EXTINCTION OF SURETYSHIP.

1956. Suretyship becomes extinct by the same causes as other obligations.

---

* *C. N.* 2034. } L'obligation qui résulte du cautionnement, s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

[ARTICLE 1956.]

* *C. L.* 3028. } L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint de toutes les différentes manières dont s'éteignent les obligations.

Mais la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal ou de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.* 41, *De fidej.*, *L.* 4. } Novatione legitimè perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur : si modo in sequenti se non obligaverunt.

Propos. 15 calend. octobris, Antonino A. IV. et Balbino Coss. 214. (IMP. ANTONINUS).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Il est certain que lorsque, par une novation légitimement faite,un autre a été chargé de la dette, les fidéjusseurs ou mandateurs sont libérés, si toutefois ils ne se sont pas obligés de nouveau par le dernier contrat.

Fait le 15 des calend. d'octobre, sous le quatrième cons. de l'empereur Antonin et le premier de Balbinus. 214. (EMP. ANTONIN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*o 378 *et s.* } 378. Pareillement la caution est libérée par la novation qui est faite de la dette : car la caution ne peut plus être tenue de la première dette pour laquelle elle a été caution du débiteur puisqu'elle ne subsiste plus, ayant été éteinte par la novation. Elle ne peut non plus être tenue de la nouvelle dette en laquelle a été convertie la première, puisque cette nouvelle dette n'est pas celle à laquelle elle a accédé : *Novatione legitimé perfectâ debiti in aliam speciem translati, prioris contractûs fidejussores, vel mandatores liberator esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverint ;* L. 4. Cod. *de Fidejuss.*

379. Pareillement lorsque le débiteur principal devient seul héritier pur et simple du créancier ; *aut vice versâ*, lorsque

le créancier devient seul héritier pur et simple du débiteur principal ; ou lorsqu'une même personne devient successivement héritière de l'une ou de l'autre, les fidéjusseurs sont libérés, parce qu'il ne reste plus de débiteur principal, par la confusion qui se fait des qualités de créancier et de débiteur, lesquelles, se trouvant réunies en une même personne, se détruisent l'une l'autre, personne ne pouvant être créancier de soi-même, ni débiteur de soi-même.

Il en serait autrement si le débiteur n'était devenu héritier du créancier que sous bénéfice d'inventaire, *aut vice versâ ;* car, un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confusion des qualités, et de distinguer la personne de l'héritier de la succession bénéficiaire, le débiteur héritier bénéficiaire du créancier demeurant toujours débiteur envers la succession bénéficiaire, ses cautions ne sont point libérées ; car il y a un débiteur principal.

Lorsque le créancier succède à son débiteur, non à titre d'héritier, mais à titre de donataire universel, ou de légataire universel (1), ou de déshérence, ou de confiscation ; comme, dans tous ces cas, il n'est pas tenu des dettes indéfiniment mais seulement jusquà la concurrence de la valeur des biens auxquels il succède, la confusion ne se fait que jusquà cette concurrence : d'où il suit que les cautions ne sont déchargées que jusqu'à cette concurrence ; et que, s'il n'y a pas dans les biens qu'a laissés le débiteur de quoi acquitter toute la dette, les cautions sont obligées de payer le surplus ; mais le créancier ne peut les poursuivre qu'il ne leur ait compté des biens du débiteur auquel il a succédé.

Lorsque le débiteur devient héritier pur et simple, à la vérité, du créancier, mais pour partie seulement, *aut vice versâ*, la confusion ne se faisant que quant à la portion pour

(1) On voit que Pothier ne confond pas le légataire universel avec un héritier : le premier n'est à ses yeux qu'un successeur aux biens, il n'est pas tenu indéfiniment des dettes, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des bieus auxquels il succède. (BUGNET.)

laquelle il est héritier, ses cautions ne sont libérées que pour cette portion.

---

* *Basnage*, *Traité des hypot.*, 2e *partie*, *ch.* 5, *p.* 110-112. } De l'Action qui peut compéter à la caution contre le principal Obligé.

Le fidéjusseur peut poursuivre le principal obligé en deux tems différens, avant que d'avoir paié pour lui, ou après qu'il a aquité la dette.

Le fidéjusseur peut demander sa décharge en plusieurs cas, dont je remarquerai seulement les principaux et les plus ordinaires, si depuis le cautionnement le debiteur principal dissipe ses biens, et fait un mauvais ménage.

Je ne serois pas néanmoins du sentiment de quelques Docteurs, qui estiment que si ce mauvais ménage avoit commencé avant le cautionnement, quoi qu'il continuât par après, que le fidéjusseur ne pourroit agir pour sa décharge, parce qu'il ne seroit rien arrivé de nouveau : mais la continuation de la dissipation ne suffit-elle pas pour donner sujet à la caution de se plaindre ? *Neque enim denegandum est auxilium his qui justè deprecantur*, *l.* 2. *D. de his qui sunt sui*, *vel alieni jur.*

Sur cela l'on fait cette question, si la caution au lieu de poursuivre le débiteur pour se faire libérer, dénonçoit au créancier la mauvaise conduite de son débiteur, et le sommoit de se faire paier, ou de se saisir de ses biens et éfets, avant qu'il les eût dissipez, le créancier négligeant de le faire, pouroit par après inquiéter la caution, sur tout si les facultez du principal obligé ne consistoient qu'en éfets mobiliers, qui se pouvoient dissiper aisément, et si la caution pouroit acuser le créancier de dol s'il ne le faisoit ? Le Jurisconsulte *Scævola* répond qu'il ne le pouroit pas, *quia non videtur dolo facere qui jure suo utitur*, *l. si fidejussor* 62. *D. de fidejus.* Cela seroit sans difficulté à l'égard des rentes constituées, car le créancier n'en pouvant demander le rachat, la caution l'inter-

pelleroit inutilement de s'en faire paier : cette question donc ne pouroit arriver que pour les arrérages ou pour les dettes mobiliaires ; mais en ce cas on peut dire encore, que la caution pouvant elle-même travailler pour sa sûreté, il n'a pas lieu de contraindre son créancier à le faire pour lui.

Les Docteurs néanmoins aportent cette restriction à la réponse de *Scævola*, qu'elle ne doit être suivie que pour la caution pure et simple, mais si le cautionnement avoit été fait en ces termes, *in id quod à debitore servari non possit*, qu'en ce cas le créancier seroit obligé de saisir les biens de son debiteur, s'il en étoit interpellé par la caution ; *Accurs. Bart. et Paulus Castr. in d. l. Si fidejussor, ne malitiis hominum indulgeatur.*

On forme encore cette autre question, si après l'obligation contractée, mais avant que l'argent soit paié, la caution dénonce au créancier qu'il n'est point à le bailler, parce qu'il a découvert que le debiteur est insolvable, la caution ne sera pas déchargée, si le créancier baille son argent, nonobstant l'avertissement qui lui a été donné ? Le créancier, à mon avis, n'a pû paier qu'à ses risques, et n'à pu engager la caution, sur tout s'il étoit en son pouvoir de n'executer pas le contrat, *quia promissio de mutuando, ante numerationem non constituit obligationem.*

Le second cas où le fidejusseur peut contraindre le principal obligé de le décharger, est lorsqu'il y a du tems que le cautionnement dure, *si diu in obligatione remansit.* On ne convient pas combien de tems il faut que l'obligation ait subsisté pour donner ouverture à l'action de fidejusseur pour demander sa décharge ; plusieurs estiment qu'il ne peut être plus de dix années : mais la plus commune opinion est, que cela doit être remis à la prudence du Juge, qui peut acourcir ou prolonger le délai selon les circonstances particulieres du fait. Voiez Guy-Pape, *q.* 117. et les Notes de Ranchin.

Si néanmoins le cautionnement avoit traité à un certain tems, le fidejusseur ne pouroit demander sa liberation sur le prétexte du tems qui se seroit écoulé depuis son cautionne-

ment; par exemple, la caution d'un tuteur ne pouroit pas demander qu'on eût à la décharger, à cause que cette tutelle aurait duré plus de dix ans; car il n'a pû ignorer le tems de sa durée, et qu'elle continuëroit jusqu'à la majorité du mineur; celui qui demeure garant d'une éviction, demeure toûjours engagé tant que l'acheteur peut être dépossedé.

Il en serait de même de la caution baillée par un mari, pour la sûreté et la répetition des deniers dotaux de la femme après la dissolution du mariage; car le fidéjusseur ne se peut plaindre que le mari le laisse trop long-tems engagé, parce que le mari n'est pas tenu de rendre la dot durant son mariage, quoi qu'il puisse durer 40 et 50 ans; et même cela pouroit recevoir une exception, si le tuteur, le vendeur ou le mari faisoient un si mauvais ménage, et une telle dissipation de leurs biens, qu'un fidejusseur fût en danger d'une perte évidente, il seroit juste en ce cas de les obliger à donner d'autres cautions en leur place.

Il ne faut pas mettre en ce nombre le fidejusseur d'une rente qui peut forcer le débiteur à la racheter, et c'est proprement en ce cas que l'action du fidejusseur est recevable, lorsque le cautionnement a subsisté quelque tems, il a interest de se faire liberer, et il n'est pas juste qu'il demeure toûjours engagé.

La caution peut agir contre le principal debiteur pour obtenir sa décharge, aussi-tôt qu'elle a été condamnée à paier la dette pour laquelle le cautionnement a été fait; et bien qu'on lui ait donné tems de satisfaire et d'executer la condamnation contr'elle jugée, elle peut prévenir ce delai, *l. fidejuss. pro venditore* 45 *D. de fidejussor.*

La caution qui a paié et acquité, peut en poursuivre la récompense contre le debiteur; *per se solutionem, C. mand.* et il peut le faire par deux voies, *actione mandati, vel actione negotiorum gestorum*, et l'hipotéque lui en est aquise du jour que l'acte du cautionnement a été passé devant des personnes publiques. Si le cautionnement n'a été fait que depuis l'obligation principale, le fidejusseur ne viendra en l'hipo-

téque du jour de l'obligation principale, si lors du paiement il n'a stipulé une subrogation; car autrement il ne succede point de plein droit au créancier, et il ne peut exercer ses actions qu'en vertu d'une subrogation, cessant quoi il doit s'arrêter à l'hipotéque qui lui est acquise par l'acte de cautionnement : Mais si la caution demande au créancier la cession d'actions et la subrogation, il ne peut la lui refuser, *l. Papinian. D. mandati, vel contra. D.* Et bien que le débiteur eût paié le créancier, si toutefois il ne l'a pas notifié à sa caution, il ne laissera pas de lui rendre ce qu'il a deboursé pour lui : *Cognoscendum est enim ei si non divinavit debitorem solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam ejus circumveniat, et excutiat ei summam in quam fidejussit, l. si fidejussor* 24. §. *Si cum debitor, D. mand.* Il a été du devoir de l'obligé de déclarer à sa caution qu'il étoit quite, autrement il a eu une juste cause d'ignorer ce qu'il avoit fait, sauf au debiteur à répeter du créancier ce qu'il a reçu, et il n'est pas nécessaire pour excuser le fidejusseur, qu'il ait été condamné de paier; car quoi que le créancier n'eût fait aucune poursuite contre lui, néanmoins il a pû le prévenir pour éviter les frais et chercher sa décharge, comme il est décidé en la l. *idemque* 10 §. *fidejussores, D. mand. Fidejussores et mandatores etiamsi sine judicio solverint, habent actionem mandati.* Mais lorsque la caution a paié, elle doit le dénoncer au debiteur, autrement ne l'aiant pas fait, si ce debiteur fait un second paiement de la même dette, la caution ne lui peut rien demander : *Dolo enim proximum, si post solutionem non nuntiaverit, l. fidejussor* 29. § *hoc idem.*

Mais si le principal obligé avoit eu quelqu'exception, et s'il avoit pû se défendre de la demande du créancier, seroit-il juste qu'il en fût privé par le paiement précipité que la caution auroit fait, et sans l'y avoir apelé ? La Glose sur la l. *si fidejussor* 29. §. *in omnibus, D. mand.* a traité cette question, et elle la resoud par ces distinctions; si le fidejusseur avoit de son chef quelqu'exception qui ne fût pas honnête et de bonne foi, on ne lui pouroit reprocher de l'avoir negligée,

l. idemque 10. §. *generaliter*, *D. mand.* Que si l'exception étoit juste, comme par exemple, si le créancier avoit promis de ne rien demander, ni au principal obligé ni à sa caution, le principal obligé pouroit oposer à sa caution l'exception de dol. *l.* 25, §. 1. *et* 26. *D. de pact*, *et D. l. idemque*, §. *generaliter.*

Si l'exception ne pouvoit servir qu'à la caution et non au principal obligé, comme si la dette étoit prescrite à son égard et qu'elle ne le fût pas à l'égard du principal obligé, il a pû negliger cette défense par un principe de bonne foi, *quamquam enim jam liberatus solvit*, *tamen fidem implevit*, *et debitorem liberavit*, *l. si fidejussor* 24, §. *ult. D. mand.*

Enfin, l'on considere la qualité de l'exception, si elle étoit seulement dilatoire, c'est-à-dire qu'il y eût un terme, et que la caution eût anticipé le delai, il ne pouroit agir contre le debiteur avant l'expiration du terme, mais après cela il le pouroit contraindre à le rembourser; *l. si mandavero* 22. *D. mand.* Mais si l'exception que le debiteur pouvoit proposer, étoit peremptoire et perpetuelle, et que vrai-semblablement le fidejusseur la pût ignorer, il n'a point de recours; que si l'exception procédoit de quelque subtilité de Droit, la caution ne peut être acusée de fraude pour l'avoir ômise, *de bona enim fide agitur*, *cui non congruit de apicibus juris disputare*, *D. l. si defijussor*, § 4.

Quelques-uns ont douté si le fidejusseur pouroit stipuler valablement que le principal obligé seroit tenu de le liberer dans un certain tems ? Ils se fondoient sur ces raisons, qu'il est de l'essence de ces rentes constituées à prix d'argent, qu'elles soient perpetuellement rachetables, et que si l'on aprouvoit ces sortes de stipulation, ce seroit ouvrir la porte aux fraudes, et faciliter les moiens de rendre toutes les rentes rachetables ; les créanciers fourniroient eux-mêmes des cautions à leur dévotion, sous le nom desquels ils obligeroient les debiteurs á faire le rachat des rentes dont ils seroient redevables.

Mais on répond, que si les cautions ne pouvoient pas stipu-

ler leur liberation après un certain tems, ce seroit ôter le moien de trouver les cautions, ce qui seroit plus desavantageux qu'utile à ceux qui ont besoin d'argent; qu'il est vrai que celui qui se constituë en rente, ne peut être forcé à la racheter, mais cela n'a lieu qu'à l'égard du créancier, et non du fidejusseur, du côté duquel il sufit que le debiteur reçoive ce secours et ce bon ofice, que moiennant son intervention il puisse se servir de l'argent, sans être forcé de le rendre : *Sufficit in beneficio fidejussionis sit adjutus, non deceptus ; Molin. de usur* 9. 36. *n.* 248.

Du Moulin traite cette question, si le fidejusseur qui auroit pris du créancier une cession de la rente, après en avoir reçû les arrérages, pouroit forcer le debiteur à la racheter, et en atendant le rachat continuer à se faire paier des arrerages ? Il semble que cela se peut, car le debiteur n'en souffre aucun préjudice, il lui doit être indiférent s'il paie les arrérages au créancier ou à la caution qui a ses droits : Mais du Moulin estime que cela ne se peut, parce qu'il est impossible que la rente ait son cours, et que le debiteur puisse être contraint de la racheter ; *eo ipso quod fidejussor factus est creditor quocumque titulo, sive universali, sive particulari, sive lucrativo, sive oneroso, et eo ipso quod jure creditoris fœneratitii vult uti, et sic pensiones percipere, sese vicissim obligat, ut debitor perpetuo quamdiu volet sortem habeat; De usur. quæst.* 29. S'il arrivoit que ce fidejusseur vendît sa rente à un autre, pouroit-il forcer le debiteur à la racheter, et à le liberer de son cautionnement ? Le même Auteur répond que l'obligation fidejussoire a été entièrement éteinte par la confusion qui s'est faite des droits de créancier et de la caution, et que par consequent elle ne peut plus revivre.

Mais si le fidejusseur avoit été évincé de la rente, en ce cas s'il étoit poursuivi pour le paiement des arrérages, *confusione medii temporis restituendæ essent*, et l'action fidejussoire commenceroit à renaître : *Mol. ibid.*. Que si le fidejusseur vouloit plutôt que la rente fût rachetée, et que pour cet éfet il ofrît de rendre les arrérages qu'il avoit reçus, son

action seroit juste, parce qu'il est toûjours recevable à demander sa libération.

Quoi que lorsqu'il y a plusieurs cautions d'un même debiteur, celle qui a paié seule le créancier, ne puisse pas sans avoir pris cession d'actions du créancier, répeter de ses cofidejusseurs, ce qu'elle a paié pour leur part, parce que les cautions ne contractent pas entre'elles-mêmes ; néanmoins cette caution n'a pas besoin d'une cession d'actions du créancier, pour répeter tout ce qu'elle a paié pour lui, car la caution ne contracte pas seulement avec le créancier, mais aussi avec le debiteur qui promet de l'indemniser de son cautionnement ; et par cette raison la cession d'actions ne lui est pas necessaire, puisque par son propre droit elle a une action pour répeter du debiteur, ce qu'elle a paié pour lui, § *si quid autem* 6 *Instit. de fidejuss.* Despesses, des Cautions, *p.* 2, *t.* 2.

Le debiteur doit restituer à son fidejusseur non seulement la somme principale, mais tous les frais faits, et qu'il a faits en consequence de son cautionnement, *l. qui proprio*, §. *aliter. D. de procur. l. idemque*, §. *fidejussor*, *D. mand. l. post solutionem*, *C. mand.* et suivant cette dernière loi, la caution peut répeter tout ce qu'elle a paié, sans distinguer si le paiement a été fait pour le principal ou pour les interêts, car à l'égard de la caution les interêts lui tiennent lieu de principal. Dans la l. *fidejuss.* 52. *D. mand.* l'on traite cette question, si quelqu'un étoit intervenu caution pour celui qui s'obligeoit de paier à un autre une certaine quantité de blé, sans faire mention du prix ni de la bonté dudit blé, avoit néanmoins baillé du meilleur, pouroit-il contraindre le debiteur à lui en rendre de pareille qualité, ou à lui en paier la valeur ? Le Jurisconsulte répond que non, *aliud triticum à reo repetere poterit quàm quo pessimo tritico liberare se à stipulatore licuit.* La raison est qu'il pouvoit s'acquiter et le principal debiteur, en baillant du blé, quoi que ce ne fût pas le meilleur ; *fidejussor si sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet dando, reum liberare potest*, puis donc qu'il pou-

voit s'aquiter à meilleur marché, il n'a pas dû faire préjudice au debiteur.

La caution ne répeteroit pas les interêts qu'elle auroit paiez, si l'obligé pretendoit n'en devoir point, et s'il avoit lieu de s'en défendre, ou s'il n'y avoit pas encore été condamné, comme il est décidé en la l. *Quintus Mutius* 48. *D. mand. parùm enim fideliter facit fidejussor, quod potestatem eximere reo videtur suo jure uti :* Le Jurisconsulte en cette même loi, propose cette espece, savoir si nonobstant le contredit du debiteur, le fidejusseur ne se pouvoit exemter de paier les interêts sans faire tort à sa réputation et à son honneur, s'il pouroit les répeter? et il répond qu'il poura les répeter, par cette raison, que *non opertet esse noxiæ fidejussori, si ipsi pepercisset pudori suo* : Les interêts du capital paié par la caution, ne font pas du jour du paiement, car alors elle n'est considerée que comme simple créanciere, mais seulement depuis que le débiteur est en demeure, *D. l. post solutionem C. mand.* c'est-à-dire depuis l'interpellation judiciaire.

L'on ne doute pas que les arrérages d'une rente qui ont été avancez par le fidejusseur, n'aient la même hipotéque que l'obligation principale, mais il reste cette dificulté, que comme il est raisonnable qu'il ait récompense des deniers qu'il a avancez, si les interêts de ces deniers-là ou les interêts des arrerages qu'il a paiez, ont aussi la même hipotéque ? Cette question a été décidée par le Réglement de 1666, articles 149. et 150. et la Cour a fait cette distinction, que les interêts qui sont dûs pour le recours des arrerages paiez par le plége ou par le coheritier, ont hipotéque du jour du paiement, s'il a paié sur la poursuite du créancier, laquelle poursuite il est tenu de faire savoir à l'obligé dans les six mois, et en avoir acte en Justice; autrement lesdits interêts n'ont hipotéque que du jour de l'action : mais les interêts des arrerages que le plége a paiez volontairement, ainsi que ceux qui sont ajugez pour le retardement d'une dette, n'ont hipotéque que du jour de la demande : Les art. 149. et 150. ont

bien réglé l'hipotéque des interêts des arrérages paiez par la caution; mais l'on n'a point décidé si ces interêts étoient dûs du jour du paiement, ou seulement du jour de la demande? Par Arrest du Parlement de Paris, raporté dans le 8e. tome du Journal du Palais, il a été jugé que le coobligé qui a une indemnité, aiant été forcé en Justice de paier quelques arrerages de la rente, faute par l'autre coobligé d'y avoir satisfait, doit avoir les interêts du jour du paiement, quoi qu'il n'en ait fait aucune demande: la raison est, que celui qui paie pour un autre, fait cession dés ce moment toutes les poursuites que l'on feroit contre le débiteur, tout ce qui est paié pour lui, doit former un capital qui produit des interêts.

Cela pouroit recevoir dificulté en Normandie; car puisque suivant cet article 149. du Réglement de 1666. les interêts dûs pour le recours des arrerages paiez par la caution, n'ont hipotéque que du jour des paiemens, s'ils ont été faits sur la poursuite du créancier, si on ne les a fait savoir à l'obligé; il semble que pour avoir aussi les interêts des arrérages que l'on a paiez sur la poursuite du créancier, il soit aussi necessaire d'en faire la demande au débiteur, et de lui dénoncer le paiement qui a été fait à sa décharge.

L'on pouroit dire toutefois que lorsque le débiteur s'est obligé d'indemniser sa caution, à peine de tous dépens, dommages et interêts, ces interêts des arrérages paiez, comme aussi l'hipotéque de ces dommages et interêts, doit commencer du jour de l'obligation, puisqu'elle en est une suite et une dépendance; et c'est aussi la jurisprudence du Parlement de Paris, ce qui paroît d'autant plus équitable, que souvent ce recours des interêts demeure inutile au créancier, lorsqu'il n'a hipotéque pour icelui que du jour du paiement, parce que le principal obligé est devenu insolvable depuis sa première obligation; mais comme en Normandie l'on n'adjuge que dificilement les interêts, lorsqu'ils ne sont point acquis en vertu d'un contrat, l'on auroit de la peine à juger ces interêts s'ils n'avoient pas été demandez, comme l'on n'a

pas trouvé à propos de faire remonter l'hipotéque des interêts, jusqu'au jour de la première obligation, quoi que les interêts des interêts qui sont dûs au mineur, prennent pied du jour de l'institution de tutelle.

Il y a certains cas où le fidejusseur n'a point d'action contre le debiteur, *si pro invito, si animo remunerandi fidejussit, l. si remunerandi.* §. *si poss. mandat.* s'il est intervenu pour une femme ou pour un mineur sans l'autorité d'un tuteur, et plusieurs autres semblables, *de quibus vide Gregor in Syntagm. part.* 3. *l.* 24. *c.* 5. Le fidejusseur n'a point aussi d'action contre le debiteur qui a fait cession, car cette cession étant reçuë contre le créancier qui a prêté son argent, la caution n'est pas plus favorable, et elle est moins à plaindre, uarce qu'elle devoit être mieux informée des facultez de celui pour laquelle elle s'engageoit, et c'est la jurisprudence presque de tous les Parlemens de France : Despesses, des Cautions, *part.* 2. *t.* 3.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1941.

---

* 3 *Delvincourt, sur art.* 2034 *C. N.*, *p.* 146 *et p.* 264 *des notes.* } Le cautionnement s'éteint directement ou indirectement.

Il s'éteint *directement*, lorsque, l'obligation principale subsistant, celle de la caution vient à cesser (1), par exemple, par la remise que feroit le créancier au fidéjusseur, par la confusion, etc.

Cependant il est à observer, quant à ce dernier mode, que la confusion peut s'opérer d'une manière particulière à l'égard du cautionnement, lorsque, par exemple, le débiteur principal devient héritier de la caution, ou *vice versâ.* Dans ces deux cas, l'obligation accessoire de la caution est bien éteinte ; mais néanmoins, cela ne préjudicie en rien à l'action du créancier contre le certificateur de la caution (2).

(1) *Celle de la caution vient à cesser.* Observez que la caution de l'obligation de livrer un corps certain, n'est pas libérée par la perte de ce

corps, arrivée sans sa faute, mais par celle du débiteur principal ; car elle est tenue des faits de ce dernier, *quià spopondit in totam causam.* (*LL.* 91, § 4, ff. *de Verborum Obligat.*, et 58, § 1, ff. *de Fidejuss.*) Mais si la chose a péri par le fait de la caution, le débiteur principal est libéré. (*L.* 88, ff. *de Verborum Obligat.*) ; car le débiteur n'est pas tenu des faits de la caution.

(2) *Cela ne préjudicie en rien à l'action du créancier contre le certificateur de la caution. Secùs*, chez les Romains. (*L.* 38, § 5, ff. *de Solutionibus*). Mais cela étoit fondé sur une pure subtilité ; et ce qui le prouve, c'est que, si, dans le même cas, la caution avoit donné une hypothèque, l'hpothèque continuoit de subsister. (*Ibid.*) D'ailleurs, la loi 93, § 3, *eod.*, prouve que les opinions étoient partagées sur la première question.

Quid, si la caution devient héritière du créancier, ou *vice versâ ?* Dans ce cas, l'obligation du certificateur est éteinte, à cause de la règle : *Eum quem de evictione, etc.*

---

* 4 *Maleville*, *sur are.* 2034 *C. N.* } Elle s'éteint sur-tout avec l'obligation principale dont le cautionnement n'est que l'accessoire. *Pothier*, n. 406.

---

* *Rogron, sur art.* 2034 *C. N.* } *Par les mêmes causes.* Telles que le paiement, la remise de la dette, la novation, etc (art. 1234).

---

* *Bousquet*, *caut.*, *p.* 341. } L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. (Art. 2034.)

C'est-à-dire par le paiement, par la novation (art. 1281), par la remise volontaire, par la compensation (art. 1294), par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou rescision, par l'effet de la condition résolutoire, par la prescription (art. 1234), par la consignation (art- 1262), par le serment (art. 1365), par la prolongation du bail (art. 1740), par le défaut de subrogation (art. 2037). (*Lettre de change* (art. 155 du Code de Commerce), *Assurance* art. 384).

Mais le cautionnement peut s'éteindre, quoique l'obligation

principale continue à exister ; ainsi, comme on l'a vu, d'après l'art. 2032, le cautionnement cesse au bout de dix ans, dans le cas où l'obligation principale n'a pas de terme fixe d'échéance.

1957. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsque l'un devient héritier de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

1957. The confusion which takes place in the person of the principal debtor or of his surety when one of them becomes heir of the other, does not destroy the action of the creditor against the surety of such surety.

---

* *C. N.* 2035. } La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

Voy. *C. L.* 3028, cité sur art. 1956 ; *Pothier*, sur art. 1941.

---

* *Cod. Liv.* 8, *Tit.*, 43, *De solut.*, *L.* 24. } Cùm pro pecunia, quam mutuo acceperas, secundum placitum Evandro te fundum dedisse profitearis : ejus industriam vel eventum meliorem, tibi, non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris distraxisset, non justé petis.

Sancit. 7 calen. januarii, Nicomediæ, cc. Coss. (Impp. Diocletianus et Maximianus).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Avouant avoir donné à Evandre en paiement d'une somme qu'il vous a prêtée le fonds dont s'agit, c'est illégitimement que vous de-

mandez qu'il vous soit tenu compte des accroissemens survenus au fonds par l'effet de son industrie ou d'un cas fortuit ; tandis que si le fonds eût diminué de valeur, vous seriez loin de vouloir en supporter la perte.

Fait à Nicomédie, le 7 des calend. de janvier, sous le consul. des Césars. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 3, *De solut.*, *L.* 38, § 5, *L.* 93, §§ 2, 3. } *L.* 38, § 5. Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit ; post idem heredem te instituit. Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominùs tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectiùs existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit, liberari. (AFRICANUS).

L. 93, § 2. Sed et si reus heredem fidejussorem scripserit, confunditur obligatio. Et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi quæ sequelæ locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio : quotiens duæ sint principales, altera alteri potius adjicitur ad actionem, quàm confusionem parere.

§ 3. Quid ergo si fidejussor reum heredem scripserit ? Confundetur obligatio, secundùm Sabini sententiam, licèt Proculus dissentiat. (SCÆVOLA).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } *L.* 38, § 5. Celui qui avoit répondu pour vous auprès de Titius, a donné de plus un gage ; ensuite le même vous a institué héritier ; quoique vous ne soyez plus tenu par l'obligation fidéjussoire, cependant le gage n'en restera pas moins engagé. Et si le même a donné un autre fidéjusseur, et dans cette position vous a institué héritier, il dit qu'il est plus juste de penser que l'obligation du débiteur pour lequel on avoit pris des fidéjusseurs étant éteinte, le fidéjusseur aussi étoit libéré. (AFRICAIN).

L. 93, § 2. Mais si un obligé a fait héritier son fidéjusseur,

l'obligation est confondue. Et ici on peut retenir cette espèce de règle générale, que toutes les fois qu'une obligation principale est réunie à une obligation qui n'en est que l'accessoire, l'obligation est confondue ; mais que quand on réunit deux obligations principales, l'une est plutôt jointe pour fortifier l'action que pour opérer la confusion.

§ 3. Qu'arrivera-t-il donc si un fidéjusseur fait son héritier le principal obligé ? L'obligation sera confondue, selon l'avis de Sabin, quoique Proculus soit d'un avis contraire. (Scévola).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 384. } De ce qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs d'accéder à l'obligation d'un débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'elle soit éteinte lorsque le débiteur principal est mort sans avoir laissé d'héritiers. La raison de douter serait qu'il ne reste aucun débiteur principal à l'obligation duquel le fidéjusseur puisse paraître accéder.

La raison de décider, qui peut en même temps servir de réponse à cette objection, est que la succession de ce débiteur principal, quoique vacante, le représente, et tient lieu de sa personne, suivant la règle : *Hæreditas jacens personæ defuncti vicem sustinet ;* et par conséquent il reste, au moins *fictione juris*, un débiteur principal, à l'obligation duquel accède celle des fidéjusseurs.

Vice versâ, lorsque le créancier envers qui le cautionnement a été subi, meurt, et laisse sa succession vacante, cette succession le représente, et est une personne fictive envers laquelle le cautionnement continue de subsister.

---

* *Rogron*, *sur art.* 2035 *C. N.* } *N'éteint point l'action.* Une personne doit 5,000 fr. ; son frère l'a cautionnée, et moi je me suis porté caution de cette caution : le frère que j'ai cautionné meurt, et le frère débiteur de la dette de 5,000 fr. hérite de lui ; mon obligation n'est pas éteinte, je deviens la

caution de ce frère, parce qu'il a succédé à toutes les charges et à tous les droits du défunt. Tout le changement qui s'opère, c'est que le créancier de la dette perd une caution, puisque la personne de cette caution s'est confondue avec la personne du débiteur principal. Il en est de même si c'est le frère débiteur qui décéde, et son frère caution qui hérite de lui.

---

* *Bousquet, caut.*, *p.* 341 } Et, en effet, la position du certificateur de la caution ne change pas, et ne doit pas changer ; la personne de la caution (si c'est elle qui est décédée) se confond dans la personne de son héritier qui est le débiteur principal ; dès lors l'action du créancier doit rester la même, contre le certificateur de la caution.

Voy. *Delvineourt*, cité sur art. 1956.

1958. La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

1958. The surety may set up against the creditor all the exceptions which belong to the principal debtor and are inherent to the debt ; but he cannot set up exceptions that are purely personal to the debtor.

---

* *C. N.* 2036. } La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette.

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

[ARTICLE 1958.]

* *C. L.* 3029. } La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui sont personnelles au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette.

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles au débiteur.

**ff. De fid.*, *Liv.* 46, *Tit.* 1, *L.* 32. } Ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio et cætera rei commoda fidejussori cæterisque accessionibus competere potest. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } L'exception tirée de la personne du débiteur, et même malgré ce débiteur et tous les autres avantages de la chose, peuvent servir au fidéjusseur et aux autres obligés accessoires. (ULPIEN).

**ff. De Exceptionibus*, *Liv.* 44, *Tit.* 1, *L.* 7, § 1, *L.* 10. } *L.* 7, § 1. Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt : ut rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. Intercessionis quoque exceptio : item quod libertatis onerandæ causa petitur, etiam fidejussori competit. Item dicitur, et si pro filiofamilias contra senatusconsultum quis fidejusserit, aut pro minore vigintiquinque annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse antè habet auxilium, quàm restitutus fuerit : nec fidejussori danda est exceptio. (PAULUS).

L. 10. Modestinus respondit : *Res inter alios judicata aliis non obest ;* nec si is contra quem judicatum est, heres extiterit ei contra quem nihil pronuntiatum est : hereditariam ei litem inferenti præscribi ex ea sententia posse, quam proprio nomine disceptans, antequam heres extiterit, excepit. (MODESTINUS).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } *L.* 7, § 1. Mais les exceptions attachées à la chose profitent au répondant comme au principal obligé. Telles sont les exceptions fondées sur

l'autorité de la chose jugée, sur la mauvaise foi du demandeur, sur le serment déjà fait en justice par le défendeur, sur une crainte grave. Ainsi, si le principal obligé a fait avec son créancier une convention par laquelle celui-ci a promis de ne point demander la chose, et si cette convention est réelle et non personnelle, elle produira une exception en faveur du répondant. L'exception fondée sur ce qu'une femme s'est obligée pour autrui, sur ce que la demande qu'on forme iroit au détriment de la liberté, peut être aussi opposée par le répondant. Il en sera de même de celui qui a répondu pour un fils de famille à qui on a prêté contre la disposition du sénatus-consulte Macédonien, ou pour un mineur de vingt-cinq ans qui a été trompé par la mauvaise foi de sa partie. Si le mineur a été trompé par sa facilité en contractant, on ne vient point à son secours avant qu'il ait été restitué ; le répondant ne peut point opposer d'exception. (PAUL).

L. 10. Modestin a répondu : Un jugement obtenu par autrui ne peut pas nuire à ceux qui n'étoient pas parties ; dans le cas même où celui contre qui le jugement a été rendu viendroit à hériter de celui qui a gagné le procès, on ne pourroit pas exciper contre lui de l'inutilité des moyens qu'il a proposés lorsqu'il poursuivoit l'affaire en son nom. (MODESTIN).

---

* *Inst. Liv.* 4, *Tit.* 14, § 4. } Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus (*vid.* MARCIAN. *L.* 19 ; PAUL. *L.* 7, *pr. et* § 1, ff. *de except.*) ; et rectè : quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur (*vid.* ULP. *L.* 29, ff. *de recept. et qui*), quia mandati judicio redditurus est eis quod ii pro eo solverint. (*vid.* PAUL. *L.* 32, ff. *de pact.*) Quâ ratione, etsi de non petendâ pecuniâ pactus quis cum reo fuerit, placuit perindè succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur (*vid.* ULP. *L.* 22, § 5, ff. *de pact.* PAUL ; *L.* 7, § 1, ff. *de except.*) Sanè quæ-

dam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, SI BONIS CESSERIT. (*vid.* PAUL *d. L.* 7, ff. *eod.*). Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, ideo scilicet quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi.

Ibidem, *Trad. par A. M. Du Caurroy de la Croix.* } Les exceptions par lesquelles un débiteur se défend, se donnent aussi pour la plupart à ses fidéjusseurs, et avec raison ; car demander à ces derniers, c'est en quelque sorte le demander au débiteur même, puisque l'action de mandat le forcera de leur restituer ce qu'ils auront payé pour lui. Par ce motif, lorsqu'on sera convenu avec son débiteur de ne point demander la somme, il est admis que l'exception du pacte protégera ceux qui se sont obligés avec lui, comme si l'on était personnellement convenu avec eux de ne point demander la somme. Toutefois il est certaines exceptions qu'on ne leur accorde point. Ainsi, par exemple, si le débiteur fait cession de biens, et qu'un créancier le poursuive, il se défend par l'exception A MOINS QU'IL N'AIT FAIT CESSION DE BIENS. Mais cette exception ne se donne pas aux fidéjusseurs, et cela parce qu'en prenant des tiers qui s'obligent pour le débiteur, on envisage surtout le cas où le débiteur deviendrait insolvable, afin de pouvoir suivre son remboursement contre les personnes obligées envers lui pour le débiteur.

---

* *Cod. De except., Liv.* 8, *Tit.* 36, *L.* 11. } Defensiones sive exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat. (IMP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Il est constant que tant que l'affaire n'a pas été terminée, il est permis aux répondans de proposer les moyens de défenses

et les exceptions qui compètent à celui dont ils ont répondu. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 381-2. } 381. Lorsque le débiteur principal se fait restituer, contre son obligation, par des lettres de rescision, la rescision de son obligation entraîne-t-elle la rescision de celle des cautions ?

Il faut faire la même distinction que nous avons faite à l'égard des exceptions. Si la restitution est fondée sur quelque vice réel de l'obligation, comme sur le dol, la violence, l'erreur, la lésion énorme, la rescision de l'obligation principale entraîne celle des fidéjusseurs. Si, au contraire, la restitution est fondée sur des raisons qui soient personnelles au débiteur principal, comme par exemple, sur sa minorité ; en ce cas, la rescision qu'il obtient de son obligation n'entraîne point celle des fidéjusseurs : ce débiteur principal n'acquiert, par la restitution, qu'une défense qui lui est personnelle contre son débiteur, laquelle, nonobstant la rescision, subsiste en quelque façon *naturaliter*, et est un sujet suffisant auquel l'obligation des fidéjusseurs peut accéder : c'est ce qui est décidé par la loi 13, ff. *de Minorib. ;* et bien nettement par la loi 1, Cod. *de fidejuss. min.*

Il y a néanmoins un cas auquel la rescision de l'obligation principale, quoique pour seule cause de minorité, entraîne celle des fidéjusseurs ; c'est lorsque le débiteur principal s'est obligé en une qualité que la rescision a détruite ; comme s'il s'était obligé en qualité d'héritier, et qu'il se fît restituer contre son acceptation de succession ; car le débiteur principal n'étant pas obligé de son chef, mais en une qualité d'héritier qu'il n'a plus, et qu'il a perdue par la rescision de son acceptation de succession, il n'est plus débiteur en tout, même *naturaliter* ; son obligation, attachée à cette qualité qui est détruite, ne subsiste plus : c'est ce qui est décidé en la loi 89, ff. *de Acquir. hæred.*

382. La règle que nous avons établie, " que l'extinction de

l'obligation principale entraînait celle du fidéjusseur," souffre une espèce d'exception dans le cas auquel la chose due serait périe par le fait ou la faute du fidéjusseur, ou depuis qu'il a été constitué en demeure : en ce cas, quoique l'obligation du débiteur principal, qui n'a pas été constitué en demeure, soit éteinte par l'extinction de la chose qui en faisait l'objet, le fidéjusseur demeure obligé. C'est ce que décide la loi 32, § 5. *de Usur. Si fidejussor solus morum fecerit, reus non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit ; sed* UTILIS ACTIO *in hunc (fidejussorem) dabitur.*

Ce qui a été établi contre le principe de droit, qui ne permet pas que l'obligation du fidéjusseur puisse subsister après l'extinction de l'obligation principale : c'est ce que nous marque le Jurisconsulte, en nous disant qu'en ce cas l'action qui a lieu contre le fidéjusseur, est une action utile (*actio utilis*) ; c'est-à-dire, qui est donnée *contrà tenorem juris, ita suadente utilitate et æquitate*, par forme de dommages et intérêts, et en punition de la faute ou demeure du fidéjusseur.

---

* 2 *Merlin, Rép.*, v *Autorisation maritale, Sec.* 3, § *II, p.* 173-4. } § II. *La caution d'une femme qui a contracté sans obligation est-elle valablement obligée ?*

Cette question a singulièrement partagé les jurisconsultes

Tiraqueau, *de legibus connubialibus*, glose 4, n. 4 ; Renusson, *de la communauté*, part. I, chap. 7, n. 30 ; Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 233, glose 2, n. 3 ; Domat, titre *des cautions*, sect. I, n. 4 ; et le président Bouhier, chap. 19, n. 35, soutiennent que les cautions de la femme qui a contracté sans autorisation, ne laissent pas d'être valablement obligées ; et le parlement de Dijon l'a ainsi jugé par arrêts des 24 avril 1573 et 24 avril 1574, rapportés par le dernier de ces auteurs.

Le sentiment contraire a pour partisans Lebrun, *de la Communauté*, liv. 2, chap. I, sect. 5, n. 16 ; d'Héricourt, *Traité de la vente des immeubles par décret*, chap. 11, sect. 2, n. 2 ; Sérieux, dans ses notes sur Renusson, à l'endroit qui vient

d'être indiqué ; Voët, sur le digeste, liv. 46, tit. I, n. 10 ; Pothier, *Traité des obligations*, n. 395, etc.; et il paraît que la jurisprudence du parlement de Paris est déterminée en faveur de ce parti. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du conseil souverain de Hollande, que l'on trouve dans l'*Appendix decisionum post resp. jurisconsul. Holland.* part. 3, vol. I, page 42.

Pour peu que l'on y réfléchisse, on trouvera certainement cette opinion plus conforme aux principes que la première. Il est vrai que la femme n'en est pas moins obligée naturellement et en conscience, lorsqu'elle contracte sans autorisation, que si elle était valablement autorisée pour le faire. Il est encore vrai que, suivant la loi 16, §. 3, D. *de fidejussoribus*, on peut cautionner une dette qui n'est que naturelle ; mais ni l'un ni l'autre principe ne tranchent la question.

La femme est obligée naturellement ; mais son obligation est réprouvée par la loi ; et dès lors, la nullité qui l'infecte, rejaillit jusque sur le cautionnement fourni pour en assurer l'effet. Ecoutons Pothier :

" Les obligations naturelles pour lesquelles il est dit dans le droit, que des cautions peuvent intervenir, sont celles pour lesquelles la loi civile n'accordait pas d'action, telles que celles qui étaient formées par un simple pacte, qui étaient contractées par des esclaves, et qui n'étaient pas d'ailleurs réprouvées par les lois : mais une caution ne peut pas utilement intervenir pour des obligations réprouvées par les lois, quoiqu'elles obligent dans le for de la conscience, et qu'elles puissent, en ce sens, être appelées des obligations naturelles.

" C'est sur ce principe que les lois décident qu'une caution ne peut valablement accéder à l'obligation d'une femme qui s'est obligée contre la défense du sénatus-consulte Velléïen (loi 16, § 1, D. *ad senatus-consultum Velleïanum*, Loi 14, C. *eod tit.*) ; car, quoique, dans le for de la conscience, cette femme soit tenue de s'acquitter de son obligation, néanmoins cette obligation ayant été contractée contre la défense de la loi, elle est, dans le for extérieur, regardée comme nulle, et ne peut par conséquent servir de fondement à l'obligation

d'une caution. La loi, en annulant l'obligation de la femme, annulle tout ce qui en dépend, par conséquent les cautionnemens qui en sont des accèssoires. C'est le sens de ces termes de la loi 16, §. I, *quia totam obligationem senatus improbat.*"

Ces raisons reçoivent, comme on voit, l'application la plus juste au cautionnement subi pour une femme mariée qui a contracté sans autorisation. On peut même dire qu'elles s'y appliquent *à fortiori*; car le sénatus-consulte Velléïen n'annullait que *par exception* l'engagement de la femme qui s'était obligée contre sa défense, au lieu que, selon notre droit coutumier, le contrat fait par une femme sans autorisation, quoique valable par rapport à la conscience, est nul, même *de plein droit*, dans le for extérieur

Il faut cependant remarquer que, si le fidéjusseur de la femme s'était engagé pour elle, non purement et simplement, mais avec l'obligation de faire valoir le contrat qu'il cautionnait, en cas que l'on vint à le contester, le cautionnement serait valable, et produirait son entier effet : c'est ce qu'enseignent Lebrun et Sérieux, aux endroits cités plus haut ; et cela résulte de la loi 12, §. 13, D. *mandati*, suivant laquelle le Velléïen n'empêchait pas de cautionner *la validité* d'une obligation contractée par une femme, au préjudice de la défense prononcée par ce sénatus-consulte.

Remarquons encore que dans la coutume de Bretagne, le cautionnement, même pur et simple, qui porte sur un contrat fait par une femme non autorisée, est valable et obligatoire : cela résulte de l'art. 184 de cette loi.

[[La coutume de Bretagne ne peut plus, en cette matière, être citée comme loi ; elle est abrogée comme telle par la loi du 30 ventôse an 12. Mais il reste à savoir quelle est l'opinion qui doit aujourd'hui prévaloir d'après le Code civil.

Si l'on s'en tient strictement à la lettre de l'art. 225, on dira que la caution de la femme ne peut pas opposer la nullité de l'obligation que celle-ci a contractée sans autorisation.

Mais on peut répondre que l'objet de cet article est seulement d'ôter aux personnes qui ont contracté avec la femme

non autorisée, le droit d'exciper malgré elle de la nullité d'un contrat qui lui est avantageux : et en partant de cette base, on dira que la caution de la femme non autorisée, peut, aussi bien qu'elle et son mari, faire valoir la nullité de son obligation.— Ajoutons que la nullité de l'obligation n'est point *purement personnelle* à la femme, puisqu'elle peut être opposée par son mari comme par elle-même ; et que, dès-là, le droit de le faire valoir paraît assuré à la caution par les art. 2012 et 2036 du Code civil.

Il est pourtant difficile de penser que telle soit l'intention du Code. L'art. 2036 ne se borne pas à dire que la caution ne peut pas opposer les exceptions qui sont personnelles au débiteur : il dit encore qu'elle ne peut opposer, parmi les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, que celles qui sont *inhérentes à la dette.* Or, la nullité de l'obligation consentie par une femme non autorisée, n'est pas une exception *inhérente à la dette* de celle-ci ; c'est une exception qui a sa racine et sa cause dans la personne de la femme. C'est par conséquent une exception *personnelle* à la femme, quoique d'ailleurs le mari soit aussi reçu à la faire valoir. Cette exception ne peut donc pas être opposée par la caution.]]

---

* 3 *Merlin, Rép.*, *v° Caution*, § 4, *n°* 3, *p.* 473. } Nous observerons que, si le débiteur avait des moyens suffisans pour écarter l'action et qu'il les négligeât, le fidéjusseur serait en droit de les opposer, parce que la caution ne demeure obligée qu'autant que l'obligation principale peut subsister.

[[C'est la disposition du Code civil, art. 2036. Ainsi, comme l'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 17 fructidor an 12, rapporté dans mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Transfert*, la Caution qui a plaidé conjointement avec le principal obligé, et qui a été condamnée avec lui, peut attaquer le jugement, soit par appel, soit par cassation, quoique le principal obligé y acquiesce ; et elle peut employer pour

griefs ou pour ouverture de Cassation, des moyens que le principal obligé avait seul fait valoir avant le jugement.

Par la même raison, le jugement rendu en faveur du principal obligé, est censé rendu en faveur de la Caution ; et si l'on condamnait celle-ci après avoir déchargé celui-là, il y aurait contravention à l'autorité de la chose jugée. La cour de Cassation l'a ainsi décidé, en cassant, le 29 brumaire an 12, au rapport de M. Cochard, un jugement de la justice de paix du 2e arrondissement de Marseille, rendu contre les Cautions des sieurs Amalrie et compagnie, et qui se trouvait en opposition avec deux jugemens précédemment rendus en faveur de ces derniers par le tribunal de première instance de la même ville.]]

---

* *Fenet-Pothier, sur art.* 2036 *C. N.* } La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette ;

(*Obligations*, n. 381, 1er et 2e al.)

Telle que l'exception de dol ou de violence, de la chose jugée ou du serment décisoire. (*Id.*, n. 381, 3e al.)

Si le débiteur principal se fait restituer contre son obligation par des lettres de rescision, la rescision de l'obligation des cautions en est la conséquence, selon que les exceptions se trouvent personnelles ou réelles. (*Id.*, n. 382.)

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

(*Obligations*, n. 381, 1er, 5e et 6e al.)

Telles que celle accordée au père ou à la mère, au mari ou à l'associé du créancier, de ne pouvoir être contraints au paiement sur leur nécessaire (*Obligations*, n. 381, 6e al.) ; celle qui résulte de la cession de biens faite par le débiteur (*Id.*, 7e al.), et celle qui naît d'un contrat d'attermoiement par lequel le créancier dont l'accession a été forcée, accorde au débiteur remise d'une partie de la dette et certains termes pour payer le surplus. (*Id.*, 8e al.)

[ARTICLE 1958.]

* 4 *Maleville, sur art.* 2036 *C. N.* } *Cùm lex contractui occurrere voluit, fidejussor quoque liberatur. L.* 46, *ff. hic ;* c'est-à-dire, que si, abstraction faite de la personne du débiteur principal, le contrat est nul, ou peut être annullé par quelque défaut inhérent au contrat même, comme le dol, l'erreur, la force, la violence, la lésion, la qualité même de la chose qui est l'objet du contrat, le fidéjusseur peut s'aider de tous ces moyens tout comme le débiteur ; mais si l'acte est seulement nul ou rescindable par la qualité de la personne du débiteur, comme si c'est un mineur, un prodigue interdit, la caution subsiste quoique le débiteur s'en fasse relever *Voyez* Rousseaud ; *Caution*, sect. 5, n° 7, où toutes les autorités se concernant sont rapportées.

Il ajoute d'après le § 4, *inst. de repliquat.*, que la caution demeure obligée, quoique le débiteur soit reçu à la cession de biens, et je crois que cela est juste.

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2036 *C. N.* } Ainsi elle peut opposer la nullité absolue de l'obligation, la prescription, et autres moyens de ce genre.

Il y a plus ; elle le doit ; car si elle avait payé sans les opposer, ou sans appeler le débiteur pour les faire valoir, elle n'aurait point de recours contre lui pour se faire rembourser.

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui, sans anéantir l'obligation dans son essence, peuvent seulement dispenser le débiteur de son accomplissement, comme la minorité. Ce sont les exceptions personnelles.

---

* *Bousquet, Cautionn., p.* 341-2. } La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. (Article 2036). (*Voy.* art. 2012).

D'après cette distinction, le fidéjusseur profite de l'action en nullité, ou en rescision, contre l'obligation principale qui aurait été contractée par erreur, dol ou violence. Ces vices sont attachés au contrat lui-même, puisqu'il ne peut exiger de contrat sans le consentement de la personne qui s'oblige, et qu'il n'y a pas de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur, ou extorqué par la violence, ou surpris par le dol ; le cautionnement ne peut donc exister, si l'obligation principale est annulée ou rescindée.

Mais, si l'exception était purement personnelle au débiteur, comme le bénéfice de restitution, pour cause de minorité, on a déjà vu que la caution ne pourrait l'opposer, parce qu'au moment où elle s'est engagée, elle a pu prévoir que le débiteur se ferait restituer ; que, si elle n'a pas souscrit son cautionnement, pour n'avoir lieu seulement que dans le cas où la restitution ne serait pas demandée, elle s'est volontairement exposée à en courir les risques, et qu'alors même il est évident que c'est précisément pour faire valoir l'obligation et pour se garantir de la restitution que le créancier a exigé un cautionnement. (*Rapport au Tribunat*, par le tribun Chabot, (de l'Allier.)

S'agit-il d'obligations contractées par une femme mariée non autorisée, par un interdit, il est évident que l'exception qui résulte de l'état de ces personnes, ne peut être invoquée par la caution. Il en est de même de la remise faite au débiteur *failli* dans un concordat par un créancier ; ce n'est point une remise *volontaire* qui puisse profiter à la caution du failli, et l'affranchir de son cautionnement (1). (Lyon, 12 janvier 1832.)

Voy. un arrêt, dans le même sens, émané de la même Cour, à la date du 14 juin 1826.

La Cour de Bordeaux a jugé, le 28 août 1826, que la remise

(1) M. Duranton (t. XVIII, n. 380) professe aussi cette opinion, par le motif que la remise faite au débiteur *failli* est une exception purement *personnelle* au débiteur, attendu que cette remise n'a eu lieu qu'en considération de sa position *personnelle*.

ou décharge accordée, sans réserves, lors du concordat du débiteur failli, par un créancier *hypothécaire*, libérait le tiers qui avait donné un cautionnement hypothécaire.

Cette doctrine peut fort bien se concilier avec celle de la Cour de Lyon, car cette dernière Cour avait prononcé dans une espèce, où le créancier était *chirographaire*, dès lors l'adhésion au concordat avait été forcée, tandis que dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Bordeaux, le créancier étant *hypothécaire*, pouvait s'empêcher de souscrire au concordat.

L'exécution volontaire d'un bail sous seing-privé, de la part des preneurs, rend non recevable leur caution à opposer la nullité du bail, résultant de ce qu'il n'a pas été signé de l'un d'eux. (Cour de Cass., 22 novembre 1825.)

Mais quant aux exceptions inhérentes à la dette, *in rem*, la caution pourrait les invoquer quand même le débiteur ne les invoquerait pas.

---

5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 763. } Les obligations qui naissent du cautionnement s'éteignent par les mêmes causes que les obligations en général et les obligations accessoires en particulier, (1) art. 2034. V. aussi art. 2035.

(1) Ainsi le cautionnement s'éteint par le payement. [Lorsque le cautionnement ne porte que sur une partie de la dette, le payement partiel fait par le débiteur principal doit s'imputer d'abord sur la partie non cautionnée de la dette, et la caution n'est libérée que par un payement intégral. Il est clair, en effet, que le cautionnement partiel a précisément pour but de garantir dans le total de la dette la partie qui ne serait pas payée par le débiteur principal, Troplong, n. 247, 500 et s.; Dalloz, n. 308 ; Cass., 12 janv. 1857. S. V., 57, 1, 349.—*Contrà*, Caen, 16 juill. 1851, Dall., 54, 5, 98, et Ponsot, n. 545].—Mais le créancier ne peut être considéré comme payé, lorsqu'il a été seulement colloqué dans l'ordre ouvert sur le prix des biens du débiteur, tant que cette collocation n'a pas été suivie d'un payement effectif, Colmar, 22 avr. 1815.—La remise volontaire de la dette accordée au débiteur principal profite à la caution. Favard, v° *Cautionnement*, sect. 1, § 1. V. aussi, sur l'art. 2035, Duranton, 18, n. 374 et s. [Mais il en est autrement de la remise forcée, par

Indépendamment de ces causes d'extinction, la caution est déchargée lorsque, par le fait du créancier (1), sa subrogation

exemple, de celle qui est faite au débiteur failli par un concordat : cette remise laisse subsister l'obligation naturelle et, par conséquent, le cautionnement, Pothier, n. 381 ; Cass., 9 mai 1815, 5 août 1818, 13 fév. 1822 ; Lyon, 14 juin 1826 et 12 avr. 1832. S. V., 33, 2, 428 ; Dalloz, n. 306 ; Troplong, n. 504. V. *sup.*, § 760, note 17.—Le cautionnement prend encore fin : 1° par la compensation qui s'opère entre le créancier et le débiteur principal ; —2° par la prescription de la dette ; en remarquant que les actes interruptifs vis-à-vis du débiteur principal interrompent la prescription vis-à-vis de la caution, art. 2250, mais que la renonciation du débiteur à la prescription acquise ne peut nuire à la caution. Troplong, n. 519, V. *sup.*, § 760, note 17 ;—3° par le serment prêté par le débiteur, V. *sup.*, § 760, note 17;—4° par la chose jugée en faveur du débiteur, V. *sup., ibid.*;— 5° par la confusion résultant de la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur sur la même tête. Si la confusion venait à cesser, par suite d'un fait volontaire de celui qui réunit les deux qualités de débiteur principal et de créancier, le cautionnement n'en demeurerait pas moins éteint. Mais il revivrait si la cessation de la confusion résultait d'un fait nécessaire, par exemple, de l'annulation du testament qui l'a produit, Troplong, n. 482 ; Dalloz, n. 322.—La confusion résultant de la réunion sur la même tête des qualités de caution et de débiteur qui héritent l'un de l'autre éteint le cautionnement, en ce sens qu'il devient sans objet ; cependant, si des sûretés spéciales y avaient été attachées, le créancier pourrait s'en prévaloir, sans que le débiteur pût lui opposer la confusion qui s'est opérée, Duranton, 18, n. 375 ; Ponsot, n. 323 ; Troplong, n. 483 ; Dalloz, n. 323 ; Riom, 5 août 1840, S. V., 40, 2, 492.—Enfin le cautionnement s'éteint par toutes les causes qui entraînent l'extinction de l'obligation principale.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(1) Par le fait du créancier, c'est-à-dire *committendo*, et non pas seulement *omittendo*, par exemple, parce qu'il aurait omis de renouveler une inscription,[Pothier, n. 520 ;] Toullier, 7, n. 171 ; Favard, v° *Subrogation* § 2, n. 8.— *Contrà*, Duranton, 18, n. 382, et Delvincourt, sur l'art. 2037 ; [Ponsot, n. 332 ; Troplong, n. 565 ; Duvergier, *Vente*, 2, n. 275 ; Dalloz, n. 337 ; Massé, 6, n. 397.] La jurisprudence flotte entre les deux opinions. [Les arrêts sont nombreux dans les deux sens. Voici les plus récents parmi ceux qui décident que l'art. 2037 ne s'applique pas aux simples omissions. Caen, 3 juill. 1841, S. V., 41, 2, 494 ; Toulouse, 19 mars 1842, S. V., 43 2, 185 ; Agen, 9 juin 1842, S. V. 42, 2, 543 ; Bastia, 2 fév. 1846, S. V., 48,

aux droits de ce dernier, par exemple à ses privilèges et hypothèques (1), est devenue impossible, art. 2037; à moins

2, 10. Mais la jurisprudence s'est plus généralement prononcée dans le sens qui applique l'art. 2037 tant aux *omissions* qu'aux *commissions*, *tam in omittendo quam in committendo*. V. Cass., 14 juin 1841, S. V., 41, 1. 465; 20 mars 1843, S. V., 43, 1, 455; Limoges, 28 mars 1844, S. V., 45, 2, 143; Bastia, 22 déc. 1847, S. V., 48, 2, 11; Cass., 23 fév. 1857, S.V., 57, 9, 359. C'est aussi cette dernière opinion qui, selon nous, doit être adoptée, et nous ne comprenons pas comment l'opinion contraire a pu trouver des partisans. L'art. 2037 a voulu punir celui qui par son *fait* a rendu la subrogation impossible. Or, les faits sont négatifs aussi bien que positifs, et il est manifeste que c'est par le fait du créancier que la subrogation ne peut plus avoir lieu, par exemple, dans une hypothèque consentie par le débiteur, aussi bien lorsque le créancier a laissé périmer l'inscription, faute de renouvellement en temps utile, que lorsqu'il en a donné mainlevée.—Toutefois la caution ne serait pas déchargée par les omissions ou par la négligence du créancier à poursuivre le débiteur, si, de son côté, la caution avait tout pouvoir d'agir elle-même contre le débiteur, Agen, 26 nov. 1836, S. V., 37, 2, 102; Troplong, n. 568. V. aussi Cass., 22 janv. 1849, S. V., 49, 1, 182.—La caution ne peut d'ailleurs invoquer le bénéfice de l'art. 2037, lorsque l'impossibilité de la subroger provient du fait d'un autre que le créancier. Cas., 9 et 17 mars 1835, S. V., 35, 1, 696; et elle est à plus forte raison privée de ce bénéfice lorsque l'omission provient de son propre fait, Cass., 23 déc. 1845, S. V., 46, 1, 107.] (Massé et Vergé).

(1) [V. comme exemples, Cass., 18 déc. 1844, S. V., 45, 1, 108; Orléans, 3 avr. 1851, S. V., 51, 2, 555; Cass., 16 mars 1852, S. V., 52, 1, 636.] La caution est alors dégagée de son obligation soit pour le tout, soit pour partie seulement, Delvincourt, sur l'art. 2037: Toulouse, 2 janv. 1823; [Pothier, n. 557; Ponsot, n. 334; Troplong, n. 572; Dalloz, n. 357. C'est-à-dire que la caution dont la subrogation est devenue impossible pour le tout est totalement libérée, tandis que celle dont la subrogation n'est devenue impossible que pour partie est libérée dans la même proportion.]—La disposition de l'art. 2037 s'applique à la caution solidaire comme à la caution simple, Duranton, 18, n. 382; [Merlin, *Quest.*, vº *Solidarité*, § 5; Ponsot, n. 329; Dalloz, n. 334;] Bordeaux, 19 août 1822; Pau, 3 janv. 1824: Cass., 12 mai 1835, S. V., 35, 1, 338; Nancy, 31 juill. 1834, S. V., 35, 2, 458; Cass., 17 août 1836, S. V., 36, 1, 632; [29 mai 1838, S. V., 38, 1, 550; 14 juin 1841, S. V., 41, 1, 465; 20 mars, 1843, S. V., 43, 1, 455; 9 janv. 1849, S. V., 49, 1, 278; 16 mars 1852, S.

cependant que la perte des sûretés ne soit imputable également à la caution (1), ou que les sûretés que le créancier a laissé perdre n'aient été acquises que postérieurement au cautionnement (2).

V., 52, 1, 636; 23 fév. 1857, S. V., 57, 1, 359; Limoges, 28 mars 1844, S. V., 45, 2, 143; Amiens, 25 mars 1847, S. V., 47, 2, 337; Orléans, 3 avr. 1851, S. V., 51, 2, 555.— V. aussi Caen, 3 juill. 1841, S. V., 41, 2, 494; Toulouse, 19 mars 1842, S. V., 43, 2, 185; Agen, 9 juin 1842, S. V., 42, 2, 543.— *Contrà* Troplong, n. 557 et s.; Massé, 6. n. 398; Rouen, 7 mars 1818; Limoges, 21 mai 1835, S. V., 35, 2, 455. M. Troplong démontre très-bien, selon nous, que la caution solidaire n'ayant pas le bénéfice de discussion, V. *sup.*, § 761, note 14, ne peut jouir du droit de contraindre le créancier à lui conserver ses actions (*exceptio cedendarum actionum*), qui n'est qu'une conséquence du bénéfice de discussion. Toutefois, nous reconnaissons qu'en présence de l'ensemble imposant de la jurisprudence en sens contraire, qui se fonde sur la généralité des termes de l'art. 2037, il ne serait pas prudent de suivre dans la pratique l'opinion qui, théoriquement, nous paraît devoir obtenir la préférence.]—Celui qui a donné une hypothèque pour sûreté d'une créance au payement de laquelle il ne s'est pas obligé personnellement ne saurait invoquer la disposition de l'art. 2037, Cass., 6 mai 1816, [Cass., 25 nov. 1812, 10 août 1814; Troplong, n. 561 et 562. D'une part, en effet, celui qui donne une hypothèque n'est pas une caution; et, d'autre part, l'hypothèque spéciale qu'il confère l'assimilant à un tiers détenteur, qui ne jouit pas du bénéfice de discussion, art. 2171, il est par cela même privé de l'exception, *cedendarum actionum*, et du bénéfice de l'art. 2037.—V., *inf.*, le titre *Des hypothèques*.]—Mais cet art. 2037 peut être invoqué par le débiteur principal qui a contracté solidairement, relativement à la portion de la dette qui doit être remboursée par ses codébiteurs à celui qui a payé le tout, Merlin, *Quest.*, v° *Solidarité*, § 5; Cass., 13 fév. 1816; Nimes 3 déc. 1819; [Pothier, n. 520; Duranton, 18, n. 382, note; Toullier, 7, n. 172.— Cette doctrine ne saurait, selon nous, être suivie, puisque le bénéfice de discussion n'appartient pas aux débiteurs solidaires, Toulouse, 19 mars 1842, S. V., 43, 2, 185; Cass., 5 déc. 1843, S. V., 44, 1, 71; Riom, 2 juin 1846, S.V., 46, 2, 370; Dijon, 30 avr. 1847, S V., 47, 2, 602; Bordeaux, 14 fév. 1849, S.V., 49, 2, 500; Angers, 15 juin 1850, S.V., 51, 2, 59; Paris, 8 mars 1851, S.V., 51, 2, 427; Bourges, 10 juin 1851, S.V., 51, 2, 681; Cass., 13 fév. 1852, S. V., 52, 1, 104; Troplong, n. 563.] (Massé et Vergé).

(1) [V. la note qui précède.] (Massé et Vergé).

(2) Cass., 12 mai 1835, S. V., 35. 1, 338. Toutefois la question est

[ARTICLE 1958.]

La caution cesse encore d'être obligée lorsque le créancier a accepté en payement du débiteur un immeuble ou quelque autre objet (1), encore que le créancier vienne à en être évincé dans la suite (2), art. 2038 (3). V. aussi art. 1281.

Mais la caution n'est point déchargée par la prorogation du terme accordée par le créancier au débiteur (4). Elle peut seulement, dans ce cas, agir contre le débiteur pour le forcer au payement, art. 2039. V. art. 2032, alin. 4 (5).

controversée. V. Caen, 18 mars 1828. [On décide, au contraire, généralement et dans le sens de ce dernier arrêt, que la caution est fondée à opposer l'exception de l'art. 2037 et à demander sa décharge, alors même que les sûretés que le créancier a laissé perdre n'ont été acquises que postérieurement au cautionnement et n'existaient pas encore quand la caution a contracté, parce que la caution qui peut faire discuter le débiteur a droit, par conséquent, à toutes les sûretés qu'il a promises, quelle qu'en soit la date, Duranton, 18, n. 382 ; Ponsot, n. 334 ; Troplong, n. 570 et s.; Dalloz, n. 356.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(1) Il en est autrement *si id quod in obligatione erat solutum et evictum est*, Delvincourt, sur l'art. 2038. Mais la règle de l'art. 2038 conserve son effet, alors même que le créancier s'est réservé des droits pour le cas d'éviction, [Troplong, n. 583.—*Contrà*, Ponsot, n. 237.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) [Quelle que soit, d'ailleurs, la cause de l'éviction, et, spécialement, bien qu'elle ait été prononcée pour cause d'incapacité du débiteur depuis tombé en faillite, Orléans, 30 août 1850, S. V., 51, 2, 44. V. cependant trib. de Castel-Sarrazin, 22 juin 1850, S. V., 50, 2 417.] (MASS ET VERGÉ).

(3) Le créancier évincé pourra alors, à son choix, exercer une action en payement de la dette ou une action en garantie pour cause d'éviction. V. Duranton, 18, n. 383. (MASSÉ ET VERGÉ).

(4) [Mais si la caution ne s'était obligée que pour un temps déterminé, la prorogation du terme accordée par le créancier au débiteur n'empêcherait point qu'elle ne fût libérée à l'expiration du terme convenu. Troplong, n. 575 ; Dalloz, n. 371 ; à moins que la fixation de délai faite par elle n'eût pas eu lieu en vue de limiter son engagement, Turin, 3 mess. an X.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(5) [Ou à lui procurer la décharge, Dalloz, n. 369.] (MASSÉ ET VERGÉ).

[ARTICLE 1959.]

1959. La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

1959. The suretyship is at an end when by the act of the creditor the surety can no longer be subrogated in the rights, hypothecs and privileges of such creditor.

---

* *C. N.* 2037. } La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

---

* *C. L.* 3030. } La caution est déchargée, lorsque, par le fait du créancier, la subrogation à ses droits, hypothèques et privilèges ne peut plus s'opérer en faveur de la caution.

---

* *ff. De solut. et liber., Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 95, § 11. } Si creditor à debitore culpa sua causa ceciderit, propè est ut actione mandati nihil à mandatore consequi debeat : cùm ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere. (PAPINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Si le créancier, dans l'instance contre son débiteur, a succombé par sa faute, il est très proche du vrai de dire que, par l'action de mandat, il ne doit rien espérer de son mandant, puisqu'il s'est mis par sa faute dans le cas de ne pouvoir céder ses actions à son mandant. (PAPINIEN).

Voy. *Pothier*, *Oblig.*, *n*° 407, cité sur art. 1941.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig. n°* 557. } Sur la seconde question, qui est de savoir si le créancier doit être exclu de sa demande, *per exceptionem cedendarum actionum*, contre un des débiteurs, lorsque par son fait il s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder ses actions contre les autres débiteurs ; cela ne souffre pas de difficulté à l'égard des *mandatores pecuniæ credendæ.*

Papinien le décide en termes formels en la loi 95, § 11, ff. *Si creditor à debitore culpâ suâ causa ceciderit, propè est ut actione mandati nihil à mandatore consequi debeat ; cùm ipsius vitio acccciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.*

La raison en cet évidente : c'est un principe commun à tous les contrats synallagmatiques, " que, lorsque nous avons contracté des obligations réciproques, je ne suis pas recevable à vous demander l'exécution de la vôtre, lorsque par ma faute je manque à la mienne."

Suivant ce principe, lorsque par mon ordre vous avez prêté une certaine somme d'argent à Pierre, et que par votre faute vous vous êtes laissé décheoir de l'action que vous aviez requise par ce prêt, et que vous ne pouvez plus par conséquent me céder, vous ne devez pas être recevable à me demander cette somme, au remboursement de laquelle je me suis obligé par le contrat de mandat intervenu entre nous ; puisque de votre côté vous vous êtes mis par votre faute hors d'état de pouvoir remplir l'obligation que vous aviez par ce contrat contractée envers moi, de me céder l'action que vous aviez acquise par le prêt que vous avez fait à Pierre, en exécution de mon mandat. Voy. *Suprà*, n. 445.

Doit-on décider la même chose à l'égard des fidéjusseurs ?

Un fidéjusseur à qui le créancier demande le paiement d'une dette pour laquelle il s'est rendu caution, peut-il faire déclarer ce créancier non recevable dans sa demande, pour ce que ce fidéjusseur aurait pu répéter par la cession des actions du créancier, lorsque ce créancier s'est mis par son fait hors d'état de les lui céder ?

La raison de douter est que je ne vois aucun texte de loi qui le décide formellement à l'égard des fidéjusseurs (1).

La loi 95, § 11, ci-dessus citée, qui donne cette fin de non-recevoir aux *mandatores pecuniæ credendæ*, ne me paraît pas décisive pour les fidéjusseurs ; car il n'y a pas même raison. Celui qui a prêté une somme d'argent à Pierre par l'ordre de quelqu'un, a, par le contrat de mandat que l'ordre qu'il a exécuté renferme, contracté une obigation formelle envers le *mandator pecuniæ credendæ*, de lui céder et de lui conserver l'action qu'il acquerrait par le prêt qu'il ferait à Pierre en exécution du mandat. On ne peut pas dire de même à l'égard d'un fidéjusseur, que le créancier ait contracté envers lui l'obligation de lui conserver et de lui céder ses actions ; le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel il n'y a que la caution qui s'oblige.

Si le créancier est obligé de céder ses actions au fidéjusseur lors du paiement qu'il lui fait, ce n'est que la seule équité qui l'y oblige, parce qu'il n'a aucun intérêt de les refuser ; mais il ne doit être obligé de les céder qu'autant qu'il les a, et telles qu'il les a ; et on ne doit pas lui imputer s'il ne les a pas conservées, et s'il s'est mis hors d'état de les pouvoir céder (2).

Ajoutez une autre différence que Cujas observe *ad* L. 21,

(1) L'art. 2037, C. civ., ne laisse plus aucun doute à cet égard. (BUGNET).

(2) Notre Code a raisonné bien plus exactement en supposant que la caution ne s'était portée telle qu'en contemplation des garanties attachées à la créance, et que, si le créancier reçoit, par le cautionnement, un supplément de sûretés, il ne doit pas de son côté tromper les espérances légitimes de la caution. " Le fidéjusseur doit sans doute, disait " le tribun Lahary, s'interdire tout ce qui pourrait compromettre la ga- " rantie de l'obligation qu'il a cautionnée. Mais, de son côté, le créan- " cier ne doit-il pas s'interdire aussi tout ce qui tendrait à ravir au fidé- " jusseur les moyens d'être idemnisé du cautionnement qu'il a fourni ? " C'est pour maintenir entre eux ce devoir de réciprocité que le projet " décharge le fidéjusseur de son obligation, lorsque la subrogation aux " droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus par le fait " de ce créancier s'opérer en sa faveur." (BUGNET).

ff. *de Pact.* Celui par l'ordre de qui j'ai prêté une somme à Pierre, n'ayant aucune action contre Pierre, a besoin absolument que je lui cède mes actions contre Pierre ; mais un fidéjusseur ayant de son chef une action contre le débiteur principal qu'il a cautionné, n'a pas absolument besoin de la cession de l'action du créancier contre le débiteur principal, quoique la cession des hypothèques puisse lui être utile (1) : *Nec usquàm legitur*, dit Cujas, *cogi creditorem fidejussori cedere actionibus sortis.*

Non-seulement il n'y a pas de texte de droit qui décide que le fidéjusseur puisse exclure le créancier de sa demande pour le tout ou pour partie, lorsqu'il s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions, soit contre le débiteur principal, soit contre quelqu'un des autres fidéjusseurs ; il y en a qui paraissent supposer le contraire.

Telle est la loi 22, ff. *de Pactis*, où il est dit qu'un créancier peut avoir convention avec le débiteur principal, de ne point lui demander le paiement de la dette, et se réserver néanmoins de pouvoir le demander à la caution.

Dans cette espèce, le créancier peut demander à la caution le paiement de la dette, quoiqu'il se soit mis hors d'état de pouvoir lui céder son action contre le débiteur principal, qui est devenue inefficace par la convention que le créancier a eue avec ce débiteur, qui a acquis à ce débiteur l'exception *pacti.*

La loi 15, § 1, ff. *de Fidej.* paraît aussi décider que le créancier qui, par son fait, s'était mis hors d'état de pouvoir céder à l'un des fidéjusseurs ses actions contre l'autre, n'était pas pour cela exclu aucunement de sa demande. *Si ex duobus qui apud te fidejusserant in viginti, alter,* NE AB EO PETERES, *quinque tibi dederit vel promiserit ; nec alter liberabitur, et si ab altero quindecim petere institueris, nullâ exceptione summoveris.* Néanmoins, le créancier s'était mis hors d'état de

(1) Et il faut bien reconnaître que ce sera ordinairement la plus grande utilité. (BUGNET).

pouvoir faire à celui de qui il exigeait les quinze écus qui lui restaient dus, la cession de ses actions contre l'autre, par laquelle il aurait eu recours pour cinq écus.

Nonobstant ces raisons, il faut décider que, lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder au fidéjusseur ses actions, soit contre le débiteur principal, soit contre les autres fidéjusseurs, soit parce qu'il les a déchargés, soit parce qu'il a par sa faute laissé donner congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut, *per exceptionem cedendarum actionum*, faire déclarer le créancier non recevable en sa demande, pour ce qu'aurait pu procurer au fidéjusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder (1).

Cela ne souffre pas de difficulté à l'égard de l'action contre le débiteur principal : car, comme nous l'avons observé *suprà*, n. 370, étant de l'essence de la caution de ne pouvoir être obligée à plus que le débiteur principal, la décharge que le créancier accorde au débiteur principal, décharge pareillement la caution ; et toutes les exceptions *in rem*, et prescriptions qu'acquiert le débiteur principal, sont acquises à la caution.

Nous avons répondu *suprà*, n. 380, à la loi 22, *de Pactis*.

Lorsque le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir céder aux autres fidéjusseurs, l'action qu'il avait contre l'un d'eux en déchargeant ce fidéjusseur, ou en laissant donner congé de sa demande contre lui, on doit pareillement décider que le créancier doit être *per exceptionem cedendarum actionum*, exclu de sa demande contre les autres fidéjusseurs, non pour le total, mais pour la part pour laquelle ils auraient eu recours contre le fidéjusseur déchargé, si le créancier ne s'était pas mis hors d'état de leur céder son action contre lui.

Par exemple, s'ils étaient quatre fidéjusseurs tous solvables,

(1) On voit que le Code, dans les art. 1285, 1287 et 2036 C. civ., a consacré la doctrine de Pothier. (Bugnet).

le créancier ne peut demander sa dette aux trois autres, que sous la déduction du quart pour lequel ils auraient eu recours contre celui qui a été déchargé ; et si entre les trois autres il y en avait un d'insolvable, le créancier doit faire déduction aux deux solvables, non seulement du quart pour lequel celui qui a été déchargé était tenu de son chef, mais encore du tiers que ce fidéjusseur eût dû porter dans la portion de l'insolvable.

La raison de cette décision est, que, lorsque plusieurs personnes se rendent ensemble cautions pour un débiteur principal, elles comptent sur le recours qu'elles auront les unes contre les autres (1) : ce n'est que dans cette confiance qu'elles contractent leur engagement, qu'elles n'auraient pas contracté sans cela ; il n'est donc pas juste que le créancier les en prive par son fait.

Observez que, si le fidéjusseur déchargé par le créancier ne s'était rendu caution que depuis le cautionnement des autres, ceux-ci n'auraient pas l'exception *cedendarum actionum* contre le créancier : car, en contractant leur cautionnement, ils n'ont pas dû compter sur un recours contre celui qui a été déchargé, puisqu'il ne s'était pas encore rendu caution : c'est à ce cas qu'il faut restreindre la décision de la loi 15, § 1, ci-dessus citée.

Il faut dire à l'égard des débiteurs solidaires ce que nous avons dit à l'égard des fidéjusseurs. Lorsque plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total, que dans la confiance qu'elles pourront avoir recours contre les autres, en payant le total.

C'est pourquoi, lorsque le créancier, par son fait, les a privées de ce recours, en se mettant par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions contre l'une d'elles qu'il a déchargée, il ne doit plus être recevable à agir solidairement contre les autres, si ce n'est sous la déduction des portions pour lesquelles elles auraient eu recours contre celle qu'il a déchargée. Voyez *suprà*, n. 275.

(1) *V.* art. 2033, C. civ., (BUGNET).

[ARTICLE 1959.]

Lorsque le créancier a laissé perdre quelque droit d'hypothéque sur des biens de quelqu'un de ses débiteurs, soit en manquant de s'opposer aux décrets qui en ont été faits, soit en manquant d'interrupter les tiers acquéreurs qui, ayant acquis sans la charge de l'hypothèque, en ont acquis la libération par la possession de dix ou vingt ans, les codébiteurs solidaires et les fidéjusseurs peuvent-ils opposer à ce créancier l'exception *cedendarum actionum*, sur le fondement qu'il s'est mis hors d'état de leur céder l'action hypothécaire qui résultait de cette hypothèque qu'il a laissé perdre, et sur laquelle action ils comptaient pour la sûreté du recours qu'ils avaient à exercer, en payant le total, contre le débiteur à qui appartenaient les biens dont le créancier a laissé perdre l'hypothèque ?

Je ne crois pas qu'ils y soient fondés. L'exception *cedendarum actionum* ne me paraît devoir lui être opposée que lorsque c'est ou par un fait positif de sa part qu'il s'est mis hors d'état de céder ses actions contre l'un des débiteurs,en déchargeant sa personne ou son bien ; ou lorsqu'en laissant donner congé de la demande qu'il avait donnée contre ce débiteur, il s'est rendu suspect de collusion.

Mais une simple négligence de sa part "de n'avoir pas interrupté les acquéreurs, ou de ne s'être pas opposé aux décrets," ne doit pas lui être imputée ;

1° parce que n'étant obligé à la cession de ses actions que par une pure raison d'équité, n'ayant contracté à cet égard envers les autres débiteurs et fidéjusseurs aucune obligation précise de les leur conserver, il suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'est-à-dire, qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation ; et il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence ;

2° Les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu, aussi bien que lui, veiller à la conservation du droit d'hypothèque qui s'est perdu : ils pouvaient le sommer d'interrupter à leurs risques les tiers acquéreurs, ou de s'opposer aux dé-

crets (1). Ce n'est que dans ce cas où ils auraient mis le créancier en demeure, qu'ils peuvent se plaindre qu'il a laissé perdre ses hypothèques : mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé que lui, ils ne sont pas recevables à lui opposer une négligence qui leur est commune avec lui (2).

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2037 *C. N.* } Comme si par la faute du créancier, le débiteur a été absous, ou si le créancier a déchargé le débiteur. *Voyez* Pothier, n. 520.

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2037 *C. N.* } Source ; *L.* 95, § 11, *ff. de solut.* Les Lois 15, *ff. de fidejuss. et* 22, *ff. de pact.* semblent contraires à cette décision. Mais M. Pothier, dans son Traité des Obligations, part. 3, ch. 1, art. 2, § 2, répond d'une manière très satisfaisante à l'argument qu'on en peut tirer.

---

* *Bousquet, Caution., p.* 342-343. } La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. (Article 2037.)

(1) *V.* ce que nous avons dit à ce sujet au n. 412, de Pothier, p. 222, note 3, *in fine.* (BUGNET).

(2) L'art. 2037, C. civ., parle *du fait* du créancier : il est hors de doute que, si le créancier a accordé décharge des hypothèques, mainlevée de l'inscription, etc., la caution pourra se prévaloir de cet article ; mais, si, au lieu d'un fait positif du créancier, il n'y a eu qu'une omission, une négligence à renouveler l'inscription en temps utile, nous pensons qu'il faut décider de la même manière : le créancier est responsable envers la caution, il y a *des devoirs de réciprocité* qu'il faut maintenir, comme le disait le tribun Lahary. Or nous sommes responsables du dommage qui résulte, non-seulement de notre faute positive *in faciendo,* mais encore de celle qui consiste dans une négligence *in omittendo. V.* art. 1383, C. civ.

Le créancier qui a entre les mains les titres, qui est le principal intéressé, est plus à même que la caution de veiller à la conservation de ces droits. (BUGNET).

Comme, lorsque la caution paie le créancier, elle est de droit subrogée à ce créancier ; il en résulte que lorsque celui-ci s'est mis dans l'impossibilité de faire à la caution la subrogation de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée, parce qu'alors elle n'a plus un recours aussi assuré contre le débiteur. Il était donc équitable que le créancier, attaquant la caution pour le paiement, ne pût l'y contraindre que lorsqu'il pourrait lui conférer tous ses droits, et lorsqu'il n'aurait rien fait pour enlever à la caution les moyens de se faire rembourser par le débiteur principal, comme par exemple, si le créancier laisse couper un bois hypothéqué à la dette. (Cour de Cass., 23 mai 1833.)

Comme aussi, lorsqu'il a été déclaré par un jugement, qu'un créancier a perdu son *privilége* par omission de formalités conservatrices, si ce créancier exerce son recours contre la caution, celle-ci n'est pas fondée à lui opposer *la déchéance*, attendu l'impossibilité de subrogation au privilége dans le sens de l'art. 2037.—En ce cas, la subrogation est réputée impossible par le fait du créancier. (Cass., 25 juillet 1827.)

Mais il n'en serait pas ainsi dans le cas où la caution aurait été coupable de la même omission qu'elle reproche au créancier, parce que le préjudice qui en résulte est son fait autant que celui du créancier. (Agent, 26 novembre 1836.—Cour de Cass., 12 mai 1835.)

D'après cet arrêt de la Cour suprême, l'endosseur d'un billet à ordre n'est pas libéré envers le porteur qui n'a pu obtenir son paiement du tiré par cela seul que l'hypothèque attachée à la garantie de la créance aurait péri dans les mains du tiers-porteur, s'il est *établi en fait que la perte de l'hypothèque n'est pas moins imputable à l'un qu'à l'autre.*

Quant à la question de savoir si l'art. 2037 s'applique à *la caution solidaire* comme à la caution simple, elle a été, avec juste raison, résolue affirmativement par plusieurs Cours royales et par la Cour de Cass., qui a décidé que lorsqu'il est constant qu'une administration publique (celle des Douanes), créancier pour des droits d'un contribuable, a sùspendu pendant

longtemps des poursuites en paiement qu'elle avait dirigées contre lui, et a laissé ainsi la fortune de son débiteur se dissiper, sans faire un acte conservatoire, cette administration ne peut plus agir utilement contre la caution de son débiteur, *quoique la caution fût solidaire*, l'art. 2037 reçoit ici son entière application. Cour de Cass., 29 mai 1838. *Voy.* aussi un arrêt de la même Cour, du 17 août 1836.)

Peu importe d'ailleurs, que l'impossibilité de subrogation soit la conséquence d'un fait positif, ou bien d'une simple négligence ou omission de la part du créancier.

Ainsi une commune ne peut poursuivre contre la caution solidaire du fermier de son octroi l'exécution du contrat de cautionnement, alors que négligeant de faire inscrire l'hypothèque légale qui lui appartient sur les biens de ce fermier, et en laissant vendre ces biens sans réclamation elle s'est mise dans l'impossibilité de conférer à la caution la subrogation que lui assure l'art. 2037. (Cour de Cass., 14 juin 1841.)

Si, dans le même acte par lequel une caution s'est obligée solidairement, il a été stipulé que la caution ne pourrait être discutée qu'apres que l'obligé principal l'aurait été, et dans le cas où les biens de ce dernier seraient insuffisants, cette stipulation doit être entendue en ce sens que la caution est libérée, si, par suite de la main-levée, donnée par le créancier de l'hypothèque prise sur le débiteur principal, les biens de celui-ci n'ont pu servir au paiement de l'obligation. (Bourges, 7 mars 1831.)

La femme qui, pour raison de ses reprises matrimoniales, a, par transaction passée avec les tiers détenteurs des biens de son mari, renoncé à toute action contre eux, moyennant une somme *arbitrairement convenue* qui ne l'a point entièrement désintéressée, a perdu, par le fait de cette transaction, le droit de poursuivre la caution de son mari pour le surplus de ses reprises. (Cour de Cass., 10 janvier 1833.)

[ARTICLE 1959.]

* 3 *Delvincourt*, *sur art.* 2037 *C. N.*, *p.* 146 *et p.* 265 *des notes.* } Le cautionnement s'éteint encore *directement*, lorsque, par le fait du créancier (1), la subrogation légale ne peut plus s'opérer en faveur de la caution.

(1) *Lorsque par le fait du créancier* : *putà*, s'il a laissé périr les hypothèques. Quelques auteurs pensoient que la caution ne pouvoit opposer cette fin de non-recevoir au créancier, parce que, disoient-ils, c'étoit à elles de veiller à ce que les hypothèques fussent conservées, et que le créancier, qui avoit deux sûretés, étoit le maître d'en laisser périr une, et de conserver l'autre. Mais cette opinion est, comme l'on voit, proscrite par l'article 2037, dont la disposition est fondée sur ce principe du droit naturel, qui veut qu'on fasse le bien d'autrui toutes les fois qu'on le peut, sans essuyer de préjudice. Or, l'inscription d'une hypothèque est un acte qui ne coûte rien au créancier, puisqu'il en peut répéter les frais, soit contre le débiteur, soit contre la caution.

L'on oppose à la disposition de l'article 2037, celle de l'article 1287, portant que la remise accordée à l'une des cautions, ne libère pas les autres cautions. Or, dit-on, le créancier, en déchargeant l'une des cautions, s'est mis hors d'état de subroger les autres cautions dans les droits qu'il pouvoit avoir contre la caution déchargée. Donc, les autres cautions devroient être libérées. Mais il faut appliquer, 1° la distinction établie, note (2) ci-dessus ; 2° ce qui est dit au 2e volume, livre 3, titre 5, chapitre 5, section 3, et dans les notes où nous établissons que le créancier qui a déchargé personnellement un des débiteurs solidaires, ne conserve d'action contre les autres, que déduction faite de la part de ce débiteur dans la dette ; d'où il résulte qu'en appliquant cette disposition au cas où une des cautions a été déchargée de son cautionnement, les autres cautions n'ont pas besoin de la subrogation à son égard, puisque le créancier ne peut leur demander la dette, que déduction faite de la part de la caution déchargée.

La disposition de l'article 2037 seroit-elle applicable à celui qui auroit consenti une hypothèque sur ses immeubles pour la dette d'un tiers ; c'est-à-dire seroit-il recevable à opposer au créancier qu'il s'est mis par son fait hors d'état de le subroger dans ses droits contre les autres coobligés à la même dette ? La Cour de Cassation paroît être d'avis de l'affirmative, d'après l'un des considérans d'un arrêt du 23 janvier 1815. (Sirey, 1815 ; 1re, partie, page 258). Et en effet, il y a absolument même raison de décider.

Appliqueroit-on également cette disposition au cas où un créancier, pouvant agir contre plusieurs détenteurs d'objets hypothéqués à sa cré-

ance, auroit renoncé à ses droits contre un ou plusieurs d'entre eux? La Cour de Cassation a jugé l'affirmative par l'arrêt susdaté, et la négative, par un autre arrêt du 13 février 1816. (*Bulletin*, n. 14). D'après l'opinion que nous avons embrassée dans l'alinéa précédent, il est clair que nous devons adopter la doctrine consacrée par le premier de ces deux arrêts.

---

* *Rogron, sur art.* 2037 *C. N.* } *Par le fait de ce créancier.* Si, par exemple, il a laissé périr une hypothèque, faute de prendre inscription ; s'il a laissé couper une forêt hypothéquée à la dette. (Arrêt de la cour de cassation du 23 mai 1833. Sirey, t. 33, I, 574.) Il est juste que le créancier ayant, par sa négligence, laissé éteindre les sûretés qu'il avait contre le débiteur, ne puisse pas forcer la caution à le payer, puisqu'il s'est enlevé la faculté de lui transmettre les mêmes sûretés. Il en serait de même si le créancier n'avait pas interjeté appel d'un jugement qui aurait déclaré perdu le privilége dont jouissait ce créancier. (Arrêt de la cour suprême du 25 juillet 1827, ch. civ. Sirey, t. 28, I, 17.) Mais la cour d'Agen a décidé que la présente disposition est sans application, lorsque la caution est coupable de la même faute qui est reprochée au créancier, parce que le dommage, si elle en éprouve, est autant de son fait que de celui du créancier, lequel est en droit de lui retorquer tout ce qu'elle allègue ; que tels étaient les anciens principes constatés par Pothier, et que tels sont encore les nouveaux, puisque ledit art. 2037 copie les termes de cet auteur, et que la cour de cassation a jugé en ce sens le 12 mai 1835, par un arrêt rapporté dans Dalloz, ann. 1835, I, 259, etc. (Arrêt de la cour d'Agen du 26 novembre 1836. Dall., ann. 1837, II, 111.)—Question. *Cette disposition s'applique-t-elle à la caution solidaire comme à la caution simple?* La cour de cassation a consacré l'affirmative : " Attendu que la subrogation de la caution, soit simple, soit solidaire, aux droits et priviléges du créancier, est de droit, d'après les art. 1251 et 2039, et que le créancier n'est plus recevable à la poursuivre, quand c'est par son fait qu'il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation ; que l'article 2037, au chapitre

de l'extinction du cautionnement, dont la disposition est absolue et sans distinction, n'est, au fond, que l'application des art. 1382 et 1383 du Code, et embrasse ainsi nécessairement les deux espèces de cautionnement. (Arrêt du 17 août 1836, ch. civ. Dall, ann. 1836, I, 424.)

---

* *Mourlon, Traité de la subrog., p.* 480-494. } Je termine la théorie de la subrogation légale par l'examen d'une question fort délicate, celle de savoir si la personne qui est tenue avec ou pour d'autres est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en sa faveur.

Selon le droit romain, dont la théorie fut suivie par notre ancienne jurisprudence, le *mandator credendæ pecuniæ* était libéré de son obligation de garantie envers son mandataire, lorsque celui-ci s'était mis, par son fait ou sa faute, dans l'impossibilité de lui céder ses actions contre l'emprunteur.

Cette solution était l'application à un cas particulier de ce principe commun à tous les contrats synallagmatiques, savoir, que celle des parties qui n'exécute pas ses obligations ne peut pas forcer l'autre à exécuter les siennes.

Primus, qui a donné ordre à *Secundus* de prêter 1,000 francs à *Tertius*, est obligé de payer à *Secundus* la somme que celui-ci a déboursée en exécution du mandat. *Secundus* est tenu, de son côté, de céder à *Primus* les actions qui sont nées du prêt ; car un mandataire doit à son mandat compte de tout ce qu'il a acquis en exécutant l'ordre qui lui a été donné.

Ces deux obligations sont corrélatives, nées à l'occasion de la même affaire. Si donc *Secundus* s'est mis dans l'impossibilité de céder à *Primus* l'action née du prêt et les garanties qui y sont attachées, il manque à son engagement ; dès lors il n'a plus le droit d'exiger l'exécution de l'obligation dont *Primus* était tenu envers lui. De là le principe que le *mandator credendæ pecuniæ* est déchargé lorsque le mandataire

s'est mis, par son fait ou sa faute, dans l'impossibilité de lui céder ses actions, hypothèques ou priviléges.

Sous l'empire du Code, cette théorie est sans application, au cas où le prêt a été effectué par le mandataire, parlant au nom du mandant. Dans ce cas, en effet, les actions nées du prêt appartiennent au mandant,qui est réputé l'avoir effectué lui-même, et de ses propres deniers ; mais elle peut recevoir son application, au cas où il a été effectué par le mandataire en son propre nom. C'est lui, en effet, qui est alors le véritable prêteur (*V.* p. 437 et s.) ; il est vrai que les actions qui sont nées du prêt passent immédiatement de sa personne dans celle du mandant,conformément au principe de l'article 711 ; mais, à l'égard des tiers, et par conséquent à l'égard de l'emprunteur, c'est le mandataire qui est le véritable créancier, tant que le mandant n'a pas rempli l'une des formalités exigées par l'article 1690, pour rendre une cession opposable aux tiers.

—Le fidéjusseur *indemnitatis* était également libéré lorsque le créancier avait laissé le débiteur devenir insolvable, faute de le poursuivre dès l'exigibilité de la dette, ou lorsqu'il avait perdu, par son fait ou sa faute, les sûretés qui, si elles eussent été conservées, lui auraient procuré le payement de sa créance.

On appelait fidéjusseur *indemnitatis* celui qui s'engageait *in id quod quanto minus a reo*, *vel ex distractione pignoris servari poterit*; c'est-à-dire qui promettait de parfaire tout ce que le créancier n'obtiendrait pas par l'exercice régulier de ses actions personnelles ou réelles.

Engagé dans ces termes, le fidéjusseur devenait responsable de la perte qu'éprouvait le créancier par suite de l'inefficacité naturelle de ses actions ; que si la créance devenait inefficace par suite de la négligence du créancier, il n'en répondait pas. De là le priucipe que le fidéjusseur *indemnitatis* n'avait rien à payer, qu'il était quitte de toute obligation, lorsque le créancier avait, par son fait ou sa faute,

perdu les sûretés qui l'eussent garanti contre tout danger, s'il eût pris soin de les conserver.

Cette théorie est conforme à la nature même des choses, à l'intention des parties, et je ne vois rien dans notre droit qui y fasse obstacle. Elle serait donc encore applicable aujourd'hui.

Ainsi, un tiers intervient en ces termes : *Ce que vous n'obtiendrez pas du débiteur par l'exercice régulier de vos droits, je le payerai.* Le créancier renonce-t-il à ses hypothèques et priviléges, c'est une libéralité qu'il fait à ses risques et périls ; c'est à lui d'en supporter les conséquences, car c'est lui qui en retire le bénéfice, c'est-à-dire cette satisfaction qu'on éprouve quand on rend service à autrui. Les perd-il par sa négligence, c'est à lui encore de supporter la perte que sa faute occasionne; car si le tiers intervenant a répondu des risques auxquels toute créance est naturellement soumise, il n'a certainement pas entendu prendre à sa charge les fautes du créancier.

—La théorie n'était plus la même à l'égard du fidéjusseur pur et simple ; celui-ci avait bien le droit d'exiger, quand il était poursuivi ou qu'il offrait de payer, que le créancier lui cédât ses actions, ainsi que les sûretés qui en assuraient l'efficacité, et, sur son refus, de repousser sa demande par une exception dite *cedendarum actionum ;* mais, pourvu que le créancier lui cédât ses droits tels qu'ils étaient au moment de la poursuite ou de l'offre du payement, il était entièrement quitte envers le fidéjusseur ; celui-ci ne pouvait pas se refuser de payer, sons prétexte que les droits que lui cédait le créancier étaient moins efficaces qu'ils ne l'avaient été à une époque antérieure.

Ainsi, lorsque le fidéjusseur était solvable, le créancier pouvait impunément abandonner ou perdre par sa faute les hypothèques ou gages que le débiteur lui avait donnés ; cette perte de ses garanties ne déchargeait pas le fidéjusseur. La fidéjussion, disait-on, est un contrat unilatéral ; le fidéjusseur s'engage envers le créancier ; mais ce dernier ne

contracte aucun engagement envers le fidéjusseur ; il reçoit son engagement et ne lui promet rien en retour.

En stipulant des garanties, le créancier qui les stipule pour lui dans son intérêt, ne promet pas de les conserver intactes pour en faire une cession profitable au fidéjusseur ; dès lors il peut en user comme il l'entend, les abandonner ou les laisser perdre, sans que le fidéjusseur puisse critiquer ses actes et s'en plaindre.

Le fidéjusseur n'a pas, *a priori*, un droit acquis à la cession des droits du créancier. Celui-ci devra sans doute, quand il le forcera de payer, lui céder les actions, hypothèques ou priviléges dont il est alors nanti ; car, comme cette cession ne lui cause aucun dommage, il y aurait dol de sa part à la refuser ; mais il satisfait pleinement à ce que l'équité exige, en cédant ses droits tels qu'il les a au moment du payement.

Plusieurs commentateurs du Digeste ont pensé qu'en introduisant le bénéfice de discussion, Justinien avait imposé virtuellement au créancier l'obligation de conserver intactes ses actions et garanties, afin d'être en mesure, quand arrive l'échéance de la dette, de discuter utilement le débiteur. Sans cette obligation, a-t-on dit, le bénéfice de discussion serait illusoire. Dans ce système, le fidéjusseur garantit le payement de la dette, mais sous la condition que le créancier conservera ses droits pour les exercer contre le débiteur. Si donc le créancier perd, par son fait ou sa faute, les droits qui lui eussent assuré une discussion utile, il manque à ses engagements envers le fidéjusseur, qui, par conséquent, ne peut pas être forcé d'exécuter les siens.

Le fidéjusseur devient ainsi, au moins en se plaçant au point de vue qui nous occupe, un fidéjusseur *indemnitatis* (*V.* p. 481).

Je ne veux pas en ce moment examiner la question de savoir s'il est bien vrai que l'introduction du bénéfice de discussion a eu pour corollaire nécessaire la libération du fidéjusseur, au cas où la discussion est sans résultat par suite de

la faute du créancier ; M. Troplong pense que cette interprétation est exacte, et il en fait la base de son système sur l'article 2035 ; j'aurai bientôt à le combattre sur ce point.

Dans notre ancien droit français les auteurs n'ont pas traité *ex professo* la question que nous étudions ; ils n'en ont parlé que fort légèrement, et toujours incidemment. Pothier est le seul, à ma connaissance, qui ait exposé sur ce point important une théorie complète et raisonnée. Voici en résumé son système.

Le créancier laisse-t-il, par *sa négligence*, périr les hypothèques ou priviléges, la caution reste tenue.

Deux raisons motivent cette solution : 1° le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel il n'y a que la caution qui s'oblige. Le créancier ne s'engage pas à conserver ses actions pour les céder intactes à la caution ; l'équité exige sans doute qu'il lui cède les droits dont il est nanti au moment du payement ; mais il ne fait rien de contraire à l'équité et à la bonne foi lorsqu'il néglige, ou lorsqu'il oublie de conserver ses garanties.

2° La caution peut d'ailleurs veiller aussi bien que lui à la conservation des garanties qui sont la sûreté de la créance ; elle peut, en effet, sommer le créancier de faire des actes conservatoires de son droit ; si elle le met en demeure d'agir et qu'il ne le fasse pas, elle peut alors se plaindre de la perte des garanties sur lesquelles elle avait compté pour assurer son recours, et en conséquence demander sa décharge : mais si elle a été négligente, sa prétention n'est plus recevable.

Le créancier perd-il, non plus par sa *simple négligence*, mais par *son fait positif*, les garanties qui faisaient sa sûreté, la caution cesse d'être tenue.

Ainsi, lorsque le créancier fait remise soit au débiteur, soit à un tiers détenteur, des hypothèques et priviléges attachés à sa créance, cette renonciation est à ses risques et périls ; la caution n'en souffre pas. Le créancier qui s'est mis hors d'état de lui céder les actions sur lesquelles elle

comptait pour la garantie de son recours, perd tout droit contre elle.

Pothier, comme on le voit, ne rattache point son système au bénéfice de discussion ; la déchéance qu'encourt le créancier qui a renoncé à ses garanties, est présentée, non pas comme un corollaire du droit qu'a la caution de faire discuter le débiteur, mais comme un complément de la faculté qu'elle a d'acquérir, en la requérant, la subrogation aux hypothèques et priviléges du créancier. Que la caution ait ou qu'elle n'ait pas droit au bénéfice de discussion, le système est le même ; dans l'un et l'autre cas la perte des hypothèques ou priviléges, arrivée par le fait positif du créancier, libère la caution.

Son système peut être ramené à cette formule : l'obligation où est le créancier de céder ses actions à la caution est si juste que, si par son fait positif il s'est mis hors d'état de les lui céder aussi entières qu'il les avait lors du cautionnement, la caution, soit qu'elle ait, soit qu'elle n'ait pas droit au bénéfice de discussion, est déchargée.

Quel système a suivi le Code ? Je laisse de côté, pour le reprendre bientôt, le cas où le créancier a laissé perdre, *par simple négligence*, les sûretés de sa créance.

Je me place dans l'hypothèse où il les a perdues par suite *d'un fait positif*, c'est-à-dire par suite de la remise qu'il en a faite soit au débiteur, soit à un tiers détenteur : cette extinction des garanties de la créance entraîne-t-elle, sous l'empire du Code, comme au temps de Pothier, la décharge de la caution ? Faut-il, à cet égard, distinguer entre le cas où la caution a et celui où elle n'a pas droit au bénéfice de discussion ?

Sur ce point le Code s'exprime ainsi : " La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution (art. 337)."

La première pensée qui vient à l'esprit en présence de ce texte, c'est que sa disposition est générale, absolue ; qu'elle

s'applique à toute caution, aussi bien à celle qui est privée du bénéfice de discussion qu'à celle qui peut l'invoquer ; rien dans ses termes n'indique une limitation.

J'insiste sur cette observation. A mes yeux elle a une grande portée. Le sens qui se présente le plus naturellement et le premier à la simple lecture d'un texte est rarement inexact ; car le législateur ne s'exprime pas de manière à n'être compris que des jurisconsultes les plus expérimentés ; il prend soin, au contraire, de choisir des formules dont le sens soit accessible à toutes les intelligences.

Le sens apparent d'une loi, celui que chacun conçoit à la simple lecture du texte, doit donc, en général, être tenu pour vrai. Sans doute l'interprétation qui ne s'appuie que sur des textes a ses dangers ; la loi veut, en effet, qu'on l'interprète, cemme elle veut qu'on interprète la convention des parties, c'est-à-dire en recherchant sa pensée plutôt qu'en s'attachant judaïquement au sens littéral des mots qu'elle emploie ; mais, comme d'ordinaire elle prend soin de ne pas mettre sa pensée en opposition avec le sens grammatical des mots dont elle se sert, il en résulte que ce sens grammatical doit toujours être d'un grand poids dans les décisions des juges ; c'est même à lui en définitive qu'il faut s'en tenir, toutes les fois qu'il n'est pas clairement, logiquement établi, par de puissantes raisons, qu'une équivoque, un terme impropre ou mal défini, s'est glissé dans la rédaction de la loi.

Et quelle force probante cette interprétation naturelle et grammaticale du texte n'acquiert-elle pas lorsqu'il est démontré qu'elle est conforme à l'idée pratique, à l'intention des parties, ainsi qu'à l'équité ; lorsqu'elle répond aux besoins du commerce, qu'elle est utile au crédit public, en harmonie avec les vues générales du législateur ! Que serace, enfin, si cette interprétation se retrouve dans les ouvrages des maîtres que les rédacteurs de la loi ont pris pour guides et jusque dans les travaux préparatoires de la loi même ?

Or, 1° le sens apparent et grammatical de l'art. 2037 est

conforme à l'idée pratique, à l'intention des parties, ainsi qu'à l'équité naturelle.

Lorsqu'une personne se porte caution d'une dette dont l'exécution est garantie par des sûretés si efficaces qu'il est à peu près certain que le débiteur payera, on peut, sans courir risque de se tromper, affirmer que cette caution considère, en s'engageant, qu'à moins de circonstances extraordinaires, sa fortune ne sera pas compromise. Elle compte que si elle est poursuivie, elle évitera de payer, et que si elle paye volontairement sans opposer l'exception de discussion, le payement ne sera, au fond, qu'une avance qu'elle recouvrera certainement au moyen des hypothèques ou priviléges que la subrogation lui transportera. Renonce-t-elle au bénéfice de discussion, soit expressément, soit tacitement, en se portant caution solidaire (2021), c'est qu'elle considère que la subrogation aux garanties qui assurent le payement de la dette, sera sa sauvegarde ; ce n'est que dans cette confiance qu'elle consent au bénéfice de discussion. Elle dit au créancier : il se peut que votre créance, bien qu'elle soit protégée déjà par de puissantes garanties, devienne inefficace par suite de circonstances imprévues, de cas fortuits ; car les biens affectés par hypothèque ou privilége au payement de la dette, peuvent périr ou être détériorés. Ces circonstances imprévues, ces cas fortuits, je les prends à ma charge.

Mais elle n'entend pas garantir la perte que résultera d'un fait positif du créancier, de sa volonté, de son caprice ; elle ne lui dit pas : disposez de vos hypothèques et priviléges comme vous l'entendrez, faites-en remise au débiteur, si cela vous plait ; je prends à ma charge les conséquences de votre libéralité. Une idée aussi étrange n'entra jamais dans l'esprit de personne. La caution qui renonce au bénéfice de discussion ne consent pas à se mettre à la merci du créancier ! elle ne s'engage pas à l'indemniser du dommage qu'il éprouvera *volontairement !*

Une caution compte que le créancier fera ce que font tous

les créanciers. Elle ne peut pas supposer qu'il abandonnera volontairement ses garanties ; car cette éventualité est trop en dehors des habitudes des créanciers pour entrer dans les prévisions des parties.

Son attente est légitime ; elle a été une des causes déterminantes de son intervention ; l'équité naturelle serait donc blessée, si le créancier était le maître de lui enlever capricieusement les garanties sur lesquelles elle a compté pour sa sûreté particulière, s'il en était autrement selon les lois du Digeste, cela s'explique par l'inflexible rigueur des régles qui régissaient la stipulation et l'action de droit strict à laquelle elle donnait lieu. On sait, en effet, qu'une stipulation régulièrement faite, quant à la forme, produisait une obligation aussi générale ou aussi restreinte que l'expression grammaticale dont le promettant s'était servi dans sa réponse. Le juge, chargé d'interpréter la convention, n'avait pas à s'occuper de l'intention des parties : l'obligation se mesurait sur les mots employés. Ainsi le débiteur a-t-il promis *un esclave ;* il satisfait à son obligation en payant un esclave de la plus chétive espèce, un esclave borgne, boiteux, malade ; car il a promis, non pas un esclave d'une valeur ordinaire, mais ce qui est bien différent, *un esclave*, et un esclave malade, expirant, est *un esclave*. Un tiers promet-il, à titre de fidéjussur, de *payer pour le débiteur*, l'insolvabilité du débiteur est à sa charge, quelle que soit la cause qui la produise, lors même qu'elle résulte du fait positif du créancier qui a volontairement abandonné les garanties de sa créance. Il est tenu à tout événement, parce que les termes de sa promesse sont généraux, sans limites. L'obligation avait, en un mot, pour principe générateur, non pas l'intention réelle des parties, mais la formule parlée. La loi, s'attachant exclusivement aux mots employés, dictait elle-même au juge la manière dont il devait toujours entendre la stipulation.

Il n'en est plus de même aujourd'hui. Déjà dans notre ancien droit les règles antinaturelles de la stipulation romaine étaient, pour la plupart, tombées en désuétude. Les rédac-

teurs du Code en ont fait disparaître les derniers vestiges ; l'intention expresse ou tacite des contractants est devenue le principe générateur de l'obligation.

Tandis que le droit romain ne s'attachait qu'aux termes de la convention, la loi nouvelle recommande aux juges " de rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes dont elles se sont servies " (art. 1156). Ses propres décisions ne sont elle-mêmes que des règles interprétatives de la volonté des contractants ; et, si elle déclare la caution déchargée lorsque la subrogation aux hypothèques et priviléges attachés à la créance est devenue impossible par le fait du créancier, c'est qu'elle présume que la caution n'a pas entendu garantir le créancier, même contre le dommage qu'il pourrait éprouver volontairement et par son propre fait.

2o Cette interprétation naturelle et textuelle de l'art. 2037 est utile au commerce, au crédit public, en harmonie avec l'esprit général de la loi.

Tout le monde sait que la plupart des affaires qui se font chaque jour avorteraient, le plus souvent, sans l'intervention des tierces personnes qui en facilitent la conclusion en donnant au futur créancier une sûreté que ne présente pas le futur débiteur.

" Le cautionnement, disait au Tribunat M. Chabot (de l'Allier), mérite particulièrement l'attention du législateur. Il facilite et multiplie les autres contrats en assurant leur exécution ; la garantie qu'il procure établit la confiance, qui est la base de toutes les transactions civiles ; la sécurité qu'il inspire appelle la circulation des capitaux et les progrès de l'industrie."

" Il augmente le crédit ; il est utile à l'Etat, ajoutait un autre tribun, M. Goupil ; *il doit donc être spécialement protégé par la loi.*"

Mais quelle protection la loi accordera-t-elle à ceux qui compromettent leur fortune au service d'autrui ? Le pro-

blème à résoudre est celui-ci : protéger très-efficacement la caution, sans diminuer les sûretés que le créancier le plus exigeant peut désirer trouver dans le cautionnement. Si la caution a peu de risques à courir, les tiers interviendront plus fréquemment. Si le bénéfice qu'on lui accorde ne diminue par les sûretés des créanciers, les capitalistes n'auront aucune répugnance à traiter sous la garantie d'un cautionnement.

L'art. 2037, entendu selon son sens naturel et textuel, résout très-heureusement le problème proposé. La caution qui garantit le payement d'une dette hypothécaire ou privilégiée, trouve, dans la subrogation que lui accorde l'art. 2029 et dans la déchéance que la loi prononce contre le créancier qui, par son fait positif, rend cette subrogation impossible, une sûreté très-efficace qui la détermine à intervenir. Cette garantie ne nuit point au créancier ; elle ne lui enlève aucun de ses droits, ni ses actions personnelles, ni son action hypothécaire. Tout ce que la loi exige de lui, c'est qu'il ne *renonce pas à ses sûretés au préjudice de la caution.* Cette condition n'est certes pas de nature à le chagriner beaucoup. Elle entre dans ses desseins, elle est conforme à ses intérêts ; ce n'est donc pas elle qui l'empêchera de traiter.

Ainsi, en interprétant l'art. 2037 dans le sens absolu que je lui donne, je laisse au créancier la sûreté qu'il a voulu se procurer ; j'encourage la caution à intervenir. Mon interprétation est favorable au commerce, utile au crédit public ; elle est conforme enfin à l'esprit de la loi, dont le but bien connu a été de protéger très-efficacement la caution sans nuire aux sûretés des créanciers. C'est ainsi que, outre la sûreté établie à son profit par les articles 2029 et 2037, elle lui accorde les bénéfices de discussion (2021) et de division (2026), sa libération, lorsque le créancier a reçu un payement qui n'est valable qu'en apparence (2038), le droit de réclamer, à compter du jour du payement, les intérêts de ses déboursés, et même, lorsque le dommage que lui a causé le cautionnement est supérieur au 5 pour 100 de ses débour-

sés, des dommages et intérêts qui sont l'équivalent effectif du dommage qu'elle a éprouvé (2028).

3° Enfin, cette interprétation se trouve déjà écrite dans les ouvrages des maîtres qui ont servi de guide aux rédacteurs du Code et jusque dans les travaux préparatoires de la loi.

Une personne cautionne une dette hypothécaire ; le créancier fait remise de l'hypothèque soit au débiteur, soit à un tiers détenteur : la caution continue-t-elle d'être tenue envers le créancier qui s'est mis, par son fait, hors d'état de lui céder l'hypothèque sur laquelle elle avait compté pour assurer son recours ? Pothier résout la question dans l'intérêt de la caution. Sa solution est absolue ; il ne distingue pas si la caution jouissait ou non du bénéfice de discussion (*V.* p. 484) ; il montre même, en embrassant dans son hypothèse le cas où le créancier a fait remise de l'hypothèque à un tiers détenteur, que la perte de l'hypothèque arrivée par le fait positif du créancier, décharge la caution, lors même que l'extinction de l'hypothèque ne porte aucune atteinte au bénéfice de discussion ; on sait, en effet, que la caution ne pouvait pas renvoyer le créancier à discuter les biens hypothéqués, qui n'étaient plus, au moment de la poursuite, en la possession du débiteur.

Une dette a été cautionnée par plusieurs personnes ; le créancier fait remise du cautionnement à l'une d'elles : conserve-t-il son droit intact contre les autres, celles-ci peuvent-elles prétendre qu'elles sont déchargées jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle elles auraient eu recours contre la caution libérée, si le créancier ne s'était pas mis hors d'état de leur céder ses actions contre elle ? Pothier tient l'affirmative. " La raison de cette décision, dit-il, est que lorsque plusieurs personnes se rendent ensemble cautions d'une même dette, *elles comptent sur* le recours qu'elles auront les unes contre les autres ; *ce n'est que dans cette confiance* qu'elles contractent leur engagement, qu'elles n'auraient pas contracté sans cela. *Il n'est donc pas juste que le créancier les en prive par son fait.*"

" La même décision, ajoute-t-il, serait applicable même *aux codébiteurs solidaires*," et, à plus forte raison, aux cautions solidaires.

La décharge que Pothier accorde dans l'espèce n'est donc pas un corollaire du bénéfice de discussion ou de division ; c'est un complément du droit qu'a chaque caution de se faire céder, quand elle paye, les sûretés sur lesquelles elle a compté pour assurer son recours.

Les mêmes idées se retrouvent dans les travaux préparatoires du Code.

L'article 13 du projet refuse à la caution le droit de forcer le créancier de discuter les biens hypothéqués à la dette, lorsqu'ils sont passés des mains du débiteur dans celles d'un tiers. M. Goupil critique cette limitation du bénéfice de discussion : " Qu'importe, dit-il, que les biens soient possédés par le débiteur ou par un tiers, s'ils n'ont pas cessé d'être hypothéqués ? Sans l'hypothèque la caution n'aurait pas consenti l'obligation à laquelle elle s'est soumise ; elle ne peut pas être privée du bénéfice de discussion par un acte qui est le fait d'autrui." Il ajoute que cette limitation serait dangereuse, parce qu'il serait à craindre que le débiteur ne colludât avec un tiers, pour enlever à la caution le bénéfice de discussion sur lequel elle a compté en s'engageant.

M. Chabot (de l'Allier), soutenant le projet, termine, par cette observation, sa réponse aux objections de M. Goupil : " Il peut y avoir, a-t-on dit, une connivence entre le créancier et le débiteur. Mais la caution n'est-elle pas subrogée à tous les droits du créancier, et n'est-elle pas déchargée lorsque cette subrogation ne peut avoir lieu par le fait du créancier ? "

Ainsi, M. Chabot refuse, dans l'espèce, le bénéfice de discussion ; et l'une des raisons qu'il donne à l'appui de son opinion, c'est que la caution trouve *dans la subrogation aux hypothèques* du créancier et *la déchéance prononcée contre ce dernier, lorsque par son fait cette subrogation devient impossible*, une garantie qui la protége suffisamment.

Disons donc avec lui, car, sur son observation, l'article du projet resta ce qu'il était, que la caution, bien qu'elle n'ait pas le droit de demander la discussion des biens hypothéqués possédés par des tiers, est néanmoins déchargée, lorsque la subrogation aux hypothèques, dont ces biens étaient grevés, est devenue impossible par le fait du créancier.

Le tribun Lehary, exposant au Corps législatif les motifs de l'art. 27 du projet, devenu dans le Code l'article 2037, s'exprimait ainsi : " La caution doit, sans doute, s'interdire tout ce qui peut compromettre la garantie de l'obligation qu'elle a cautionnée ; mais, de son côté, le créancier ne doit-il pas s'interdire tout ce qui tendrait à ravir au fidéjusseur LES MOYENS D'ÊTRE INDEMNISÉ *du cautionnement qu'il a fourni ?* C'est pour maintenir entre eux ce *devoir de réciprocité* que le projet le décharge de son obligation, lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur."

" Le créancier ne doit pas ravir à la caution *les moyens d'être indemnisée* du cautionnement qu'elle a donné..."

Les bénéfices de discussion et de division d'action ne sont pas *les moyens d'obtenir une indemnité* ; ces bénéfices sont donc étrangers à la question. Les moyens que la caution emploiera pour recouvrer les sommes qu'elle dépensera au profit du débiteur, l'orateur nous les indique lui-même : ce sont les droits, hypothèques et priviléges du créancier. Celui-ci est tenu envers la caution de ne rien faire qui puisse l'empêcher de les acquérir quand elle payera. Le cautionnement, devenu, dans notre droit, contrat synallagmatique, établit entre elle et lui un *devoir de réciprocité*, deux obligations corrélatives, obligation de payer, pour la caution, obligation, pour le créancier, de ne pas ravir à celle-ci le bénéfice de la subrogation qui sera pour elle le moyen de recouvrer ce qu'elle payera à la décharge du débiteur. A côté de l'obligation du créancier est placée la sanction commune aux obligations qui sont nées de la même affaire, l'extinction de l'obligation corrélative de la caution.

Enfin, la place qu'occupe l'article 2037 montre elle-même que la disposition de ce texte est générale, applicable aux cautions qui jouissent du bénéfice de discussion, et à celles qui y ont renoncé expressément ou tacitement. L'article 2029 accorde à la caution le bénéfice de la subrogation ; la caution dont il est parlé dans le texte est celle dont il a été fait mention dans les articles précédents, c'est-à-dire celle à qui appartient et celle à qui n'appartient pas le bénéfice de la discussion. L'article 2037 décharge la caution lorsque le créancier la prive, par son fait, du bénéfice que lui accorde l'article 2029 ; sa disposition est donc générale ; elle sert de complément au droit que ce texte établit au profit des cautions, elle en est la sanction.

Si la loi n'avait eu en vue que la caution qui jouit du bénéfice de discussion, on conçoit qu'elle se serait bien gardée d'employer les termes si généraux dont elle s'est servie dans l'article 2037 ; sa formule eût été restrictive dans les termes, appropriée à l'idée restreinte qu'elle eût dû exprimer, conçue en ces termes : La caution est déchargée lorsqu'elle est privée, par le fait du créancier, du bénéfice de discussion.

Ainsi, le texte de la loi, son esprit, l'intérêt du commerce, de l'industrie, du crédit public, l'autorité de l'histoire, l'autorité non moins grande des travaux préparatoires du Code et du bon sens, la place qu'occupe dans le Code l'article 2037, tout concourt à justifier la théorie que je viens d'exposer.

C'est aussi l'avis de MM. Merlin, Toullier, Demante, Duranton, Zachariæ, Ponsot, et Duprez. M. Troplong pense, au contraire, qu'il n'existe pas, dans la science du droit, une théorie plus fausse, plus funeste que celle-ci.

1960. L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en

1960. When the creditor voluntarily accepts an immoveable or any object whatever in payment of

paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.

the principal debt, the surety is discharged, though such creditor should afterwards be evicted of it.

---

* *C. N.* 2038. } L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.

---

* *C. L.* 3031. } L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne ensuite à en être évincé.

---

* *ff. De solut.*, *Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 54. } Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam : magisque ad substantiam obligationis refertur, quàm ad nummorum solutionem. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Le mot paiement s'applique à toute libération faite d'une manière quelconque, et a plus de rapport à la substance de l'obligation qu'à la numération de l'argent. (PAUL).

---

* *ff. De verb. signif.*, *Liv.* 50, *Tit.* 16, *L.* 47. } *Liberationis* verbum eamdem vim habet quam solutionis. (PAULUS).

Ibidem Trad. de M. Berthelot. } Le terme *libération* a la même signification que celui de paiement. (PAUL).

---

* *ff. De pactis*, *Liv.* 2, *Tit.* 14, *L.* 62. } Si reus postquam pactus sit *à se non peti pecuniam* (ideoque cœpit id pactum fidejussori quoque prodesse) pactus sit, *ut à se peti*

liceat; an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quæsitum est ? Sed verius est, semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse. (FURIUS-ANTHIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } Un débiteur après s'être fait remettre sa dette (on sait que cette convention est utile au répondant), convient ensuite qu'elle sera exigible. On a demandé si cette seconde convention privoit le répondant de l'avantage qui lui étoit acquis par la première ? Mais il est plus probable que l'exception, une fois acquise au répondant, ne peut pas lui être enlevée malgré lui. (FURIUS-ANTHIANUS).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*),
Oblig., *n°* 406. } L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint,

1° De toutes les différentes manières dont s'éteignent toutes les obligations : nous les rapporterons *infrà*, part 3.

2° Il est de la nature des cautionnements, de même que de toutes les obligations accessoires, que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction des cautionnements et la libération des cautions ; *suprà*, n. 377, *et seq.*

3° La caution est déchargée lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de lui pouvoir céder ses actions contre quelqu'un des débiteurs principaux, auxquels la caution avait intérêt d'être subrogée ; *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 2.

4° Lorsque le créancier a reçu volontairement du débiteur quelque héritage en paiement d'une somme d'argent qui lui est due, la caution est-elle déchargée, quoique longtemps après il souffre éviction de cet héritage ?

La raison de douter est que le paiement, en ce cas, n'est pas valable, n'ayant pas transféré à celui à qui il a été fait la propriété de la chose ; (*infrà*, p. 3, ch. 1, art. 3, § 3). Par conséquent l'obligation principale subsiste ; d'où il semble suivre que celle des cautions doit subsister. Basset IV, 22, 5, rapporte un arrêt de son parlement qui l'a ainsi jugé.

Nonobstant ces raisons, et quoiqu'on ne puisse nier que le

paiement en ce cas n'est pas valable, et que l'obligation principale subsiste, il a été jugé par des arrêts rapportés par Basnage (*Traité des Hypothèques*, p. 3, ch. fin), que le créancier était, en ce cas, non recevable à agir contre les cautions, si, pendant ce temps, le débiteur principal était devenu insolvable.

La décision de ces arrêts est fondée sur cette règle d'équité, que *Nemo ex alterius facto prægravari debet.* La caution ne doit pas souffrir préjudice de l'arrangement qui est intervenu entre le créancier et le débiteur principal. Or, si, dans cette espèce, le créancier était reçu à agir contre la caution, elle aurait souffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage ; le créancier, par cet arrangement, ayant ôté le moyen à la caution de pouvoir, en payant le créancier pendant que le débiteur était insolvable, répéter de ce débiteur la somme pour laquelle elle avait répondu.

Quid, si le créancier avait simplement accordé au débiteur une prorogation de terme pour le paiement, et que, pendant le temps de cette prorogation, le débiteur fût devenu insolvable, la caution pourrait-elle se défendre de payer ?

Vinnius, *Quest. illust.* 11, 42, tient la négative.

Cette espèce-ci est bien différente de la précédente. Dans l'espèce précédente la dation de cet héritage donné en paiement, ayant jusqu'au temps de l'éviction fait paraître la dette acquittée, un tel arrangement a ôté tout moyen à la caution de pourvoir à l'indemnité de son cautionnement, même dans le cas auquel elle se serait aperçue que la fortune du débiteur qu'elle a cautionné commençait à se déranger ; car elle ne pouvait demander à ce débiteur qu'il la déchargeât de son cautionnement, qui paraissait acquitté aussi bien que la dette principale : mais la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur, ne faisant pas paraître la la dette acquittée, n'ôte pas à la caution le moyen de pourvoir à son indemnité et d'agir contre le débiteur principal, si on s'aperçoit que sa fortune commence à se déranger, *Si Bona*

dilapidare cœperit; L. 10, Cod. *mand.* La caution ne peut donc pas prétendre que cette prorogation de terme accordée au débiteur lui fasse tort, puisqu'au contraire elle-même en profite.

L'obligation du cautionnement s'éteignait aussi, suivant les principes du droit romain, par la confusion dont on a parlé *suprà*, n. 383 ; ce qui n'a pas lieu parmi nous.

Les poursuites faites par le créancier contre le débiteur principal, ne libèrent pas la caution, qui demeure toujours obligée jusqu'au paiement ; L. 28, Cod. *de fidej.* C'est pourquoi le créancier peut abandonner les poursuites commencées contre le débiteur principal, pour poursuivre la caution, mais ordinairement la caution peut lui opposer l'exception de discussion, dont nous allons traiter en l'article suivant.

---

* 4 *Maleville, sur art* 2038 *C. N.* } *Acquisitâ semel exceptione pacti, fidejussor iterùm non obligatur invitus.* L. ult. ff. *de Pactis.* Cette question était cependant autrefois très controversée, et l'on trouve des arrêts pour et contre dans *Basset* et dans *Basnage.*

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2038 *C. N.* } Extrait du même Traité, part. 2, ch. 6, sect. 6, art. 1, n. 406.

Observez que la disposition du Code civil est plus absolue que celle de M. Pothier. Elle prononce indistinctement la décharge de la caution.

Ainsi elle aurait lieu quand même le débiteur aurait déjà été insolvable au tems où le créancier a accepté l'immeuble.

---

* *Bousquet, Cautionn., p.* 343. } L'acceptation volontaire que le créancier a fait d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. (Art. 2038.)

L'obligation primitive avait éteinte par l'acceptation du créancier, le cautionnement, qui n'est que l'accessoire de l'obligation, avait cessé avec elle ; si le créancier a ensuite une action résultant de l'éviction qu'il souffre, cette action est toute différente de la première, et ce n'est pas elle que la caution avait garantie (*voy. exposé des Motifs*), ce n'est que la première obligation ; or, on ne peut étendre le cautionnement au-delà de l'objet pour lequel il avait été contracté.

La novation éteignant la dette primitive, la caution est déchargée. Si le propriétaire donne quittance à son fermier de ce qui est dû sur le prix du bail, en recevant de lui des billets à ordre pour le montant de sa dette, les Tribunaux peuvent, sans contrevenir à la loi, décider que par cela seul, il y avait eu novation, et prononcer la décharge des cautions du fermier. (Cour de Cass., 2 janvier 1807.)

---

* 3 *Delvincourt, sur art.* 2038 *C. N., p.* 147, *et p.* 266 *des notes.* } Il suffit que la dette principale soit une fois éteinte, pour que l'obligation accessoire de la caution soit irrévocablement anéantie, quand même la première viendroit à revivre par l'effet de quelque circonstance ; dans le cas, par exemple, où le créancier auroit volontairement reçu en paiement un objet dont il se trouveroit par la suite évincé (1).

(1) *Dont il se trcuveroit par la suite évincé.* Cependant l'obligation principale n'est pas éteinte, (article 1238) ; ou plutôt elle revit, mais à l'égard du débiteur seulement, et non à l'égard des accessoires de la dette. D'ailleurs, la caution qui a dû se croire libérée, n'a pas pris les précautions qu'elle auroit pu prendre ; c'est au créancier à s'imputer de n'avoir pas veillé davantage à ses intérêts. Mais remarquez que, pour appliquer cette disposition, il faut qu'il soit intervenu entre le créancier et le débiteur, le contrat *datio in solutum* ; c'est-à-dire que le créancier ait reçu autre chose que ce qui lui étoit dû ; car, si c'étoit la chose même due, qui eût été payée, et dont le créancier eût été ensuite évincé, la caution ne seroit pas déchargée.

[ARTICLE 1961.]

* *Rogron, sur art.* 2038 *C. N.* } *Décharge la caution.* La caution, qui a dû se croire libérée, n'a pas pris les précautions qu'elle aurait pu prendre ; c'est au créancier à s'imputer de n'avoir pas veillé davantage à ses intérêts. L'obligation principale une fois éteinte ne peut plus revivre à l'égard de la caution.

---

* *Dard, note sur art.* 2038 *C. N., p.* 462. } Cet article décide une question qui était très controversée dans l'ancienne jurisprudence, ainsi qu'on peut le voir dans le traité des Hypothèques de Basnage, chapitre 9, et dans celui d'Olivier Estienne, chapitre 15. L'article est conforme au dernier état de la jurisprudence du parlement de Normandie, dont les arrêts sont rapportés par Basnage ; mais on pourrait opposer à ces arrêts, les décisions des *lois* 24, *in pr.*, *ff. de pignaratit. act. et* 46, *ff. de solut. et liberat.*, et ce principe de droit que la dette du débiteur principal n'est éteinte par la dation en paiement d'un immeuble (et par conséquent l'engagement de la caution ne cesse pleinement) qu'autant que l'immeuble donné en paiement demeure perpétuellement au créancier et qu'il n'en souffre pas l'éviction. *Leg.* 20 ; *leg.* 61, *ff. de solution. et liberat.*

1961. La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution ; celle qui s'est obligée du consentement du débiteur peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.

1961. The surety who has become bound with the consent of the debtor is not discharged by the delay given to such debtor by the creditor. He may in the case of such delay sue the debtor in order to compel him to pay.

---

* *C. N.* 2039. } La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne dé-décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur, pour le forcer au paiement.

---

* *C. L.* 3032. } La prorogation de terme accordée au débiteur principal sans le consentement de la caution opère la décharge du cautionnement.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1960.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 23, *art.* 13. } Mais la remise accordée par les créanciers, ou ordonnée en justice, n'empêche point de se pourvoir contre la caution pour la dette entière.

---

* 21 *Merlin*, *Rép.*, *v°* *Novation*, § 6, *p.* 383-386. } Il faut encore distinguer ici la Novation parfaite de la Novation imparfaite.

La Novation parfaite éteint tous les accessoires de l'ancienne dette, tant à l'égard du débiteur et de ses co-obligés, qu'à l'égard du créancier. Elle ne laisse donc plus subsister, ni les termes ni les hypothèques, ni les contraintes, ni les intérêts ; à moins que la seconde obligation ne fasse une réserve expresse de quelques-uns de ces accessoires, et alors la Novation n'est à cet égard qu'une Novation imparfaite.

Quant aux conditions, voyez ce qui a été dit à la fin du §. 3.

[[Voici quelles sont là-dessus les dispositions du Code civil :

" Art. 1278. Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que les créanciers ne les aient expressément réservés.

" 1279. Lorsque la novation s'opère par la substitution

d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

" 1280. Lorsque la Novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

" 1281. Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les co-débiteurs sont libérés.

" La Novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des co-débiteurs, ou dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les co-débiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement."]]

Au surplus, comme la Novation parfaite n'est admise entre les parties contractantes, qu'autant qu'on ne peut pas interpréter différemment les termes du dernier contrat, la réserve des hypothèques se présume facilement entre elles. On en trouve un exemple remarquable dans l'arrêt du der nier d'avril 1602, rapporté par Louet, lettre N. § 7, dans les termes suivans :

" En l'an 1583, de LaGrange contracte par échange.

En 1592, il se passe un autre contrat entre les contractants, par lequel ils prennent d'autres rentes, *et moyennant ce*, *le contrat demeure nul et de nul effet et valeur.*

" La Grange, en 1598, est évincé de ce qui lui avait été baillé par le contrat de 1592 ; il a son recours sur les biens du débiteur. Savoir s'il aura hypothèque de l'année 1583 de son premier contrat, ou seulement de celui de 1592. La raison de douter était que *discessum erat à primo contractu ;* il y avait Novation assez expresse par ces mots, *le contrat demeure nul;* que la minute du contrat avait été déchargée sans aucune stipulation de l'ancienne hypothèque, qui était, par ce moyen, éteinte par la résolution volontaire du premier contrat, suivant la loi *aliam*, D. *de Novationibus.*

" Jugé au contraire, que telle résolution de contrat était conditionnée, pourvu que le dernier contrat pût réussir ; que ce mot *moyennant* le montrait assez... ; qu'en effet *eadem causa debendi remanet ;* qu'il ne fallait pas tant considérer ces mots *de nul effet et valeur*, que le mot précédent, et *moyennant ce*, qui montre la cause de la résolution."

La Novation imparfaite n'a, au contraire, d'autre effet que d'opérer les changemens qui sont expressément mentionnés dans la dernière obligation, ou du moins ceux à l'égard desquels la volonté des parties contractantes ne peut être douteuse. Tout le surplus est censé subsister dans son premier état, parcequ'on ne doit pas présumer sans cause que personne renonce à ses droits.

Mais cela n'a lieu qu'entre ceux qui sont parties au contrat qui contient la Novation ; car, lorsqu'un débiteur innove, même imparfaitement, la Novation est parfaite à l'égard de ses co-débiteurs, et surtout de ses cautions, qui sont libérées de plein droit, pour peu que les changemens faits par la dernière obligation, leur fassent préjudice.

Ainsi, quoique les arrêts cités à la fin du §. précédent, aient jugé que les co-débiteurs solidaires n'étaient point déchargés par la conversion d'une créance mobilière en une rente constituée faite avec l'un des co-obligés, parceque ce changement ne leur préjudiciait en rien, on observe le contraire en faveur des cautions, sans doute parceque le bénéfice de discussion dont elles jouissent, est inconciliable avec le contrat de constitution fait entre le créancier et le débiteur principal. Cela a été ainsi jugé au parlement de Normandie, par arrêts des 29 mars 1661 et 1er juillet 1677 ; et au parlement de Bourgogne, par arrêts des 28 novembre 1623 et 17 mai 1624, suivant Basnage, *Traité des hypothèques*, part. 2, chap. 6, et Taisand, tit. 4, art. 3, n. 9.

Rousseaud de Lacombe, au mot *Caution*, est, à la vérité, d'un avis contraire. Il cite Mornac et les arrêts des 10 mai 1633 et 13 avril 1683. Maison a vu dans le §. précédent que ces arrêts avaient été rendus, non contre des cautions, mais

contre des débiteurs solidaires, et même dans des espèces où le créancier avait fait des réserves. C'est avec aussi peu de fondement que cet auteur cite Basnage, pour cette opinion, en l'accusant de contradiction en ce point.

Dans le cas, au contraire, où le créancier d'une rente constituée en a simplement consenti la réduction, pour empêcher le rachat de la rente, la caution ne peut pas prétendre que cette réduction forme une Novation qui opère sa décharge ; et le créancier peut toujours agir contre elle à défaut de paiement de la part du débiteur principal : c'est la décision de l'art. 132 du célèbre réglement du parlement de Normandie, fait en 1666, et connu sous le nom de *Placités*. On l'a ainsi jugé depuis à l'audience de la grand'chambre du parlement de Rouen, le 19 mai 1672. L'arrêt rapporté par Basnage, à la fin de la première partie de son *Traité des Hypothèques*, déclara l'exécution faite contre la caution, bonne et valable, *sauf le recours contre le principal obligé.* C'est aussi l'avis de l'additionnaire de Lange, liv. 2, chap. 4.

Cependant Denisart, qui soutient aussi avec Mornac, que la constitution de rente faite par le principal obligé, n'opère pas la libération de sa caution, dit immédiatement après, que le parlement de Paris " a jugé, par arrêt rendu le 6 mai " 1687, sur les conclusions de M. l'avocat général de Lamoi- " gnon que le créancier qui consent la réduction d'une rente " pour éviter le remboursement, donne lieu à la Novation à " l'égard du garant."

L'on a douté si le nouveau terme accordé volontairement au débiteur principal par le créancier, décharge la caution.

Vinnius, dans ses *quæstiones selectæ, lib.* 2, *cap.* 42, Basnage, *Traité des Hypothèques*, part, 2, chap. 7, et Pothier, *Traité des Obligations*, n. 406, tiennent la négative. " La simple proro- " gation de terme accordée par le créancier au débiteur (dit " ce dernier jurisconsulte), ne faisant pas paraître la dette " acquittée, n'ôte pas à la caution le moyen de pourvoir à son " indemnité et d'agir contre le débiteur principal, si on s'a- " perçoit que sa fortune commence à se déranger, *si bona*

" *dilapidare cæperit*, loi 10, C. *mandati.* Elle ne peut donc " pas prétendre que cette prorogation de terme accordée au " débiteur, lui fasse tort, puisqu'au contraire elle-même en " profite."

L'art. 191 de la coutume de Bretagne dit en effet : " Quand " le créancier fait nouveau contrat avec son detteur, le pledge " non appelé, ledit pledge ne sera plus obligé ; mais si ledit " créancier prolongeait seulement le terme au detteur, le " pledge ne serait pour ce déchargé et quitte de la plevine, " sinon que, pendant ladite prolongation, le detteur fût de- " demeuré insolvable."

Deux arrêts, l'un de l'année 1587, rapporté par Charondas dans ses *Réponses*, liv. 12, chap. 215, l'autre, de l'année 1558, recueillis par Papon, liv. 10, tit. 4, n. 33, l'ont ainsi jugé.

Bouvot, tome 2, au mot *Detteur*, quest. 8, cite, au contraire un arrêt du parlement de Bourgogne, du 2 août 1696, qui a jugé que le nouveau terme accordé par le créancier au débiteur principal, opérait une Novation au profit du fidéjusseur.

On a proposé une distinction. Si l'obligation est pure et simple, et ne contient aucun terme pour le paiement, le délai donné par le créancier, ne décharge point les cautions ; mais si l'obligation contient un terme, le créancier qui le proroge sans le consentement des cautions, les décharge malgré lui de leur cautionnement.

Telle est la décision d'Argou, liv. 4, chap. 1, qui cite Ranchin sur Guypape, quest. 117, et Henrengius, *de fideicommissis*, chap. 20, § 3. C'est aussi l'opinion adoptée dans l'*Instruction sur les Conventions*, liv. 3, tit. 15, § 8, où l'on cite d'autres autorités.

On peut dire néanmoins, dans les deux cas, que le créancier a contrevenu volontairement à ses obligations envers la caution, en s'ôtant la faculté de contraindre, au temps où il l'aurait pu, le débiteur principal. On pourrait aussi se déterminer sur les circonstances particulières du fait, et décider, par exemple, qu'il n'y a point de novation quand le créancier, en donnant un terme, n'a fait qu'un acte de pru-

dence et de bonne administration, qui tendait à lui procurer, après l'expiration du terme, un paiement que le débiteur n'aurait pu faire lors de la prorogation du terme. Mais il faut avouer que ce système si équitable en apparence, a l'inconvénient de prêter beaucoup à l'arbitraire.

[[Le Code civil décide indistinctement, art. 2039, que " la " simple prorogation de terme accordée par le créancier au " débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut " en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paie- " ment."

Mais cette discussion n'est pas applicable à la prorogation de terme qu'accorderait le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, à celui qui doit en faire le paiement à une époque fixe. La raison en est qu'à défaut de paiement à cette époque, le porteur est tenu, sous peine de déchéance de tout recours contre ses garans, de faire les diligences dont il est parlé au mot *Protêt :* et c'est ce que la cour de cassation a jugé le 21 mars 1808, au rapport de M. Cochard, en prononçant le rejet de la demande des sieurs Cabarrus et Bechade, en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rejet qu'elle a ainsi motivé :

" Attendu que la Novation résultait de plein droit de la concession d'un nouveau délai pour acquitter le montant de ladite traite, faite par les porteurs à l'accepteur, en l'absence et à l'insu du tireur ;

" D'où il suit qu'en le jugeant ainsi, la cour d'appel de Paris n'a pu contrevenir à aucune loi."]]

Les remises faites au débiteur en faillite, par le créancier, profitent-elles aussi à la caution ?

D'Héricourt pense que l'affirmative ne peut souffrir de difficulté en aucun cas. " Cette remise (dit-il) emportant " l'extinction de la dette, la caution est déchargée par rap- " port à cette partie, et l'hypothèque ne subsiste plus que par " rapport à la partie de la dette dont le créancier s'est réservé " de se faire payer ; ce qui doit avoir lieu même dans le cas " de contrat d'atermoiement : car quoique la remise qui se

" fait en ce cas au débiteur ne soit point toujours absolument " volontaire, et que le créancier soit toujours obligé de sui- " vre la loi du plus grand nombre des créanciers, elle opère " l'extinction d'une partie de la dette, décharge par ce moyen " la caution et ses biens d'une partie de la dette, jusqu'à " concurrence de la remise."

Goujet en rapporte un arrêt prononcé en robes rouges, le 14 avril 1609.

Cette opinion n'est pas néanmoins reçue généralement. Les arrêtés de Lamoignon, titre *de l'Extinction des Hypothèques*, art. 13, y sont contraires. L'auteur estimable de l'*Instruction sur les Conventions*, qui est d'ailleurs du même avis que d'Héricourt contre les créanciers même qui refusent d'accéder au contrat de remise, convient que, dans ce dernier cas, il y a des arrêts récens contraires aux anciens.

On ne peut s'empêcher de dire que cette dernière jurisprudence est la plus conforme aux règles. L'objet du cautionnement est de prévenir les risques qu'on court avec le débiteur principal ; et cet objet serait trop souvent éludé par les contrats de remise et d'atermoiement, si l'effet s'en étendait aux cautions, lors même que le créancier n'a point accédé au contrat de remise. On a beau dire dans l'*Instruction sur les Conventions*, qu'il résulterait de là un circuit d'actions et de recours ; que les cautions étant obligées de payer, reviendraient contre le débiteur, et que, n'ayant point fait de remise, elles pourraient le poursuivre : la créance qui résulte du droit de garantie de la part des cautions, a dû être comprise avec toutes les autres dans le contrat d'atermoiement. Il est plus naturel de faire supporter les pertes qui résultent de l'insolvabilité du débiteur, à ceux qui ont garanti sa solvabilité à un tiers, qu'à celui qui n'a voulu contracter que sur la foi de cette garantie. Un arrêt du parlement de Grenoble, du 22 mai 1680, rapporté au *Journal du Palais*, l'a ainsi jugé. (M. GARRAN DE COULON.)

---

* 1 *Despeisses*, *Œuvres*, *Des contrats*, *part.* 2, *tit.* 2, *sec.* 4, *n°* 45, *p.* 688. } Octavo. La Caution est déchargée par l'extinction de l'obligation où elle étoit intervenue ; ainsi, si l'Acheteur ou le Vendeur, avant que le prix ni partie d'icelui eût été payé, ni la chose vendue ou baillée, se sont naturellement départis de leur contrat, la Caution intervenue en icelui est libérée, *leg. Stichum* 95. § *Si inter*, *ult. ff. De solut.* Et ladite décision a lieu, bien que ladite obligation ait été renouvellée, pourvu qu'elle ne se soit pas de nouveau obligée ; ainsi la Caution d'un bail à loyer de quelque chose, fait à certain tems, ce bail expiré, n'est pas Caution du même bail à loyer continué au Locataire par une tacite reconduction ; comme il a été montré *en la seconde section du Titre de Louage.*

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2039 *C. N.* } On a suivi l'opinion de *Pothier* conforme à celle de *Vinnius*. Cependart *Fachin*, *controv. lib.* 2, *cap.* 88, était d'un avis contraire, lorsque la prorogation du terme était fort longue, et qu'en attendant, le débiteur était devenu insolvable. La caution ne se détermine guère à poursuivre le débiteur, lorsqu'on ne la poursuit pas elle-même.

---

* *Bousquet, Cautionn.*, *p.* 343. } La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement. (Art. 2039.)

" Cette disposition qui déroge à la loi romaine paraît, au premier coup d'œil, un peu rigoureuse contre la caution, disait le tribun Lahary, surtout si l'on réfléchit que le débiteur peut devenir insolvable pendant la prorogation du terme, et que cette insolvabilité retomberait sur la caution, sans même qu'elle eût consenti à cette prorogation.

" Mais, ajoutait cet orateur, si l'on considère que le même article a sagement réservé à la caution le droit de poursuivre,

en ce cas, le débiteur, pour le forcer au paiement, et qu'il lui a ainsi fourni le moyen d'empêcher que cette prorogation ne lui devienne funeste, on sera forcé d'avouer qu'il n'a rien que de conforme à la raison, à la justice et à la morale."

---

* 3 *Delvincourt, sur art.*, 2039, *C. N. p.* 147. } Mais la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut seulement alors poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.

---

* *Rogron, sur art.* 2039, *C. N.* } *Ne décharge point la caution.* Parce qu'ici il n'y a pas extinction de l'obligation principale, mais seulement un délai accordé pour son exécution.

---

* *Dard, note sur art.* 2039 *C. N., p.* 462. } Cet article décide une question qui était fort controversée dans l'ancienne jurisprudence, et sur laquelle les plus habiles jurisconsultes avaient été partagés. *Voyez* Ranchin, sur la question 117 de Guypape. Charondas, *lib.* 7, *cap.* 47, Raviot, question 217, n. 7. Matheus, *quæst.* 570.

Argum. ex leg. 13, § 11, *ff. locati conducti. Leg.* 7, *Cod. eod. Leg.* 62, *ff. de fidejuss. et mandatorib.*

---

* 3 *Revue de Législation, p.* 293 *et s. St-Aubin vs. Fortin, avril* 1848, *Québec.* } Jugé que l'extension du délai accordé au débiteur principal par le créancier opère novation quant à la caution et la libère.

MM. Les Juges Bowen, Panet, Bedard pour l'affirmative.

M. Le Juge-en-Chef pour la négative.

Par acte d'obligation du 24 décembre 1837, le nommé P. O. Leclaire, marchand, reconnut devoir et promit payer au nommé Marcel St. Aubin, demandeur, un an après la passation du dit acte, la somme de £205 17s. 0½d., et le nommé Abondance Fortin, défendeur, intervint au dit acte comme caution

simple de Leclaire en faveur de St. Aubin. L'an expiré, St. Aubin ne fit aucune demande de cette somme soit à Leclaire, soit à sa caution Fortin, Mais plus tard, savoir le 2 novembre 1839, Leclaire consentit un autre acte d'obligation en faveur de St. Aubin pour la somme de £50, et par cet acte le créancier St. Aubin s'engagea à donner quatre années de délai à son débiteur pour le paiement de l'obligation premièrement citée. Leclaire étant devenu insolvable, St. Aubin s'adressa à la caution qui se prétendit déchargée par la prolongation du délai ainsi accordé au débiteur principal, à son insçu. Sur cette contestation, intervint en faveur du défendeur le jugement qui suit :—

......Attendu que la caution est déchargée de son obligation par la novation faite de l'obligation principale par le créancier avec son débiteur ; attendu que le debiteur-principal, P. O. Leclaire, en l'obligation en date du vingt quatre décembre mil huit cent cent trente-sept, duquel était intervenu comme caution le défendeur en cette cause, s'est depuis, savoir: par obligation du deux de novembre mil huit cent trente-neuf, obligé envers le même créancier, savoir, le demandeur en cette cause, en une plus grande somme, la première comprise, et payable à autres termes que ceux qui étaient en l'obligation du 24 décembre 1837, le défendeur ne s'étant pas obligé en cette seconde obligation, il s'y est opéré novation, et extinction de la dette créée le 24 déc. 1837, à laquelle seule le défendeur était tenu, la cour renvoie la présente action......

La majorité de la cour s'est fondée sur ce que la seconde obligation avait opéré novation quant à la caution: et en effet c'est là toute la question. Elle s'est appuyée de l'opinion de M. Argou, vol 2, p. 451, qui dit : " à l'égard des cautions, souvent la novation, quoiqu'imparfaite, sert à leur décharge : ce qui est toujours vrai, lorsque par une seconde obligation on proroge le terme de la première." Despeisses a aussi été cité. On y lit vol. 1, p. 671, n. 8 : " La caution n'est pas déchargée de son obligation par la prorogation du

terme porté par la première obligation faite par le créancier à l'insçu de la caution...parce que telle prorogation n'induit aucune novation," ce qui est contraire à l'opinion d'Argou, qui induit la novation de la simple prorogation du délai. Mais à la page 686, n. 42, la cour a trouvé tous rédigés les motifs de son jugement : " La caution est déchargée de son obligation par la NOVATION faite de l'obligation principale par le créancier avec son débiteur. Ainsi un débiteur en l'obligation duquel était intervenue une caution, s'étant depuis obligé envers le même créancier en plus grande somme, la première comprise, et payable à autres termes que ceux qui étaient en la première obligation, la caution ne s'étant point obligée en cette seconde obligation, bien que le créancier eût stipulé expressément que c'était sans préjudice et novation de la première obligation se trouve déchargée."

Il s'agit ici de faire une distinction du cas où il y a une novation parfaite, qui est celui cité par Despeisses p. 668, et dans lequel la caution est déchargée sans aucun doute, du cas où il n'y a qu'une simple prolongation de délai, et par conséquent, une novation imparfaite. Le dernier cas est le seul qui mérite d'être discuté, et qui d'après l'exposé des faits a dû être jugé en la présente cause. La cour, en motivant son jugement sur l'autorité de Despeisses, p. 686, qui suppose une novation parfaite, a fait une pétition de principes, a mis en fait ce qui était en question, a supposé une novation complète, tandis qu'il eut été plus correct de dire que la simple prorogation du délai était, quant à la caution, une novation imparfaite opérant sa décharge suivant l'opinion d'Argou.

POTHIER, obligation, n. 406.

" La caution est déchargée, lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de lui pouvoir céder ses actions contre quelqu'un des débiteurs principaux, auxquels la caution avait intérêt d'être subrogée."

ARGOU, vol. 2, p. 380, dit :—

" Si l'obligation contient un terme, le créancier qui le pro-

roge sans le consentement des cautions, les décharge malgré lui de leur cautionnement."

Jussieux de Montluel.—Instruction facile sur les conventions, titre 23, novation, page 339, dit :—

" L'on distingue deux sortes de novation, la novation parfaite et l'imparfaite, etc.

" La novation imparfaite ne sert qu'à décharger les cautions; elle a lieu, si le terme est prorogé; si la dette est changée en constitution de rente, etc."

Idem.—Titre XV, page 304.

"Si l'obligation est payable en tel temps, et que le créancier laisse passer ce temps sans poursuivre le débiteur, la caution n'est pas déchargée, parce quelle peut le poursuivre elle-même pour qu'il paie. Mais si après le terme expiré le créancier en accorde un autre, la caution ne peut plus agir contre le débiteur, c'est un nouveau dépôt que le créancier remet. Il ne peut en le remettant charger la caution d'en répondre sans qu'elle s'y engage de nouveau. Lui ôtant le droit d'obliger le débiteur au paiement, et la liant de ce côté là, il la délie de l'autre."

La minorité de la cour a soutenu que la simple prolongation du délai n'opérait aucune novation quelconque, par conséquent ne libérait point la caution, et s'est appuyée des autorités suivantes :—

Pothier, Oblig. n. 406, 414, 457.
Rép. de Jur., v° caution.
Dalloz, caution, n. 231-3.
Trop., Cautionnement, n. 575.
Vinnius—*Selectæ Quest.* lib. 2, 10, 42.
Fachinœus—Controv. 11, Cout. 88.
Mering, c. 20, § 12, n. 2 et 3.

[ARTICLE 1962.]

CHAPITRE QUATRIÈME.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

1962. Toutes les fois qu'une personne est obligée par la loi ou par une condamnation à fournir caution, elle doit remplir les conditions prescrites par les articles 1938, 1939, 1940.

Lorsqu'il s'agit d'une caution judiciaire, la personne offerte comme caution doit en outre être susceptible de la contrainte par corps.

CHAPTER FOURTH.

OF LEGAL AND JUDICIAL SURETYSHIP.

1962. Whenever a person is required by law or by order of a court to find a surety, he must conform to the conditions prescribed by articles 1938, 1939 and 1940.

In the case of judicial suretyship, the person offered must moreover not be exempt from civil imprisonment.

---

* *C. N.* 2040. } Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la Loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019.

Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit en outre être susceptible de contrainte par corps.

---

* *C. L.* 3033. } Toutes les fois qu'une personne est obligée par la loi, ou par une condamnation à fournir une caution, elle doit en présenter une qui ait les qualités prescrites par l'article 3011.

---

* *Serres, Inst., Liv.* 3, *Tit.* 21, § 4, *p.* 483-4. } Les cautions même judiciaires, c'est-à-dire, qui ont été ordonnées par Justice, ne jouissent point de ces bénéfices, comme, par

exemple, quand il est ordonné que le payement d'une somme sera fait, à la charge que celui qui le reçoit, baillera caution ; mais ces cautions judiciaires ne sont guère reçues qu'elles n'aient des immeubles suffisans pour répondre de la somme dont il s'agit, comme on peut le voir dans *Louet, lettre C. chap.* 9. et dans l'*Ordonnance de* 1667. *titr.* 28.

Au surplus, les cautions ne doivent pas être de difficile convention : ainsi par un Arrêt du 17 Juillet 1716 le cautionnement de M. le Comte du Poujol, comme Seigneur de Place, quoique très riche, offert par un dévolutaire pour la somme de 500 liv. fut rejetté, et ordonné que le dévolutaire donneroit caution bourgeoise.

Les Présidens et Conseillers en Cour Supérieure ne peuvent pas non plus être cautions judiciaires, moins par la difficulté de s'en prendre à eux, que comme s'assujettissant en cela à la contrainte par corps ; et par un Arrêt du 23 Mai 1729, dans la cause de M. de Brossier, Conseiller au Parlement de Bordeaux, contre M. de Segur, Président, j'ai vu accueillir l'appel d'une Ordonnance qui avoit reçu M. de Segur, Conseiller audit Parlement, pour caution de M. de Segur, Président, son neveu, il fut ordonné que devant un autre Commissaire il seroit procédé à la réception d'une nouvelle caution.

Il faut dire à peu-près la même chose des Prêtres et autres personnes constituées ès Ordres sacrés, d'autant plus qu'ils sont exempts de la contrainte, suivant l'Ordonnance de Blois, art. 57, et la Déclaration du 30 Juillet 1710, et que le cautionnement leur est même défendu par les saints Canons ; ce qui n'empêche pas pourtant qu'ils ne puissent se rendre cautions volontaires, et qu'alors ils ne soient tenus et obligés, en vertu de leur cautionnement, sur les biens de leur patrimoine et les fruits de leurs Bénéfices.

---

* *Rodier, Questions sur Ord. de* 1667, *Tit.* 28, *art.* 1, *p.* 447. } *Qu'est-ce que bailler Caution?* C'est donner une sûreté de faire quelque chose, de payer ou de rendre une somme,

ou des fruits, ou autre immeuble. Il y a deux sortes de caution : la caution d'un tiers lorsque quelqu'un suffisamment solvable s'oblige de garantir notre fait, de payer pour nous, ou de rendre ce que nous recevons ; la caution juratoire, lorsqu'en vertu d'un jugement qui nous y oblige, nous promettons moyennant serment d'accomplir ce qui nous est ordonné, ou de rendre ce que nous recevons. Il n'est question dans ce titre, que de la premiere espece de caution.

Dans quels cas les Jugements doivent-ils ordonner qu'on baillera Caution ? Il y a une infinité de cas où le bail de caution est requis et nécessaire par les loix et les Ordonnances, et où le Juge doit par conséquent l'ordonner, mais principalement dans les jugements qui ordonnent par provision la remise ou le paiement de quelque somme ou autre chose mobiliere.

---

* *Louet* (*Brodeau-Lacombe*), *lettre F*, *ch.* 23, *p.* 745. } L'on a demandé si le benefice de discussion, baillé aux fidejusseurs par l'Authentique, a lieu aux cautions et certificateurs judiciaires qui se baillent en Jugement ? (1)

La difficulté provenoit de ce que la Loi est generale, ne distinguant aucunement, partant tels fidejusseurs ne doivent être privez du benefice de discussion : néanmoins il se juge au contraire, et que tels fidejusseurs et certificateurs n'ont point ce benefice de discussion, par la Loi 1, *judicatum solvi*, *ff.* la Loi dernière, *C. de usuris rei jud.*

(1) L'Authentique *præsente, C. de fidejussor.* tirée de la Novelle 4 est vulgaire, qui veut que l'on ne puisse s'adresser au fidejusseur, qu'après avoir discuté le principal obligé : *qui enim alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi, ʒ fin. Instit. de replicat. Quintil. declam.* 273, *non aliter salvo pudore, ad sponsorem venit creditor, quam si recipere à debitore non possit. Galli in conveniendo reo ante fidejussorem, jus authenticum observant,* dit *Eguinar. Baron. ad tit. Instit. de fidejuss. parte* 2. Loyseau de la garantie des rentes, chap. 4, *num.* 15 *et seq.*

Cette doctrine est prise de la glose du chapitre unique, *de injur. in* 6, *in verbo*, *prægravatur*, *circa medium*, qui distingue, *de fidejussore contractus*, *et de fidejussore judicii*, *primo casu condemnato reo*, *non condemnatur fidejussor*, *sed requiritur discussio ; secundo vero casu*, *condemnato reo condemnatur fidejussor :* autrement on rendroit le Jugement illusoire ; et cela se fait *propter auctoritatem judiciorum.*

L'on allegue à ce propos un Arrêt solennellement donné aux Grands-Jours à Tours l'an 1533, rapporté par Rebuffe en ses Commentaires sur les Ordonnances, *tractat. de litteris obligator. glos.* 9. *n.* 8, *art.* 5, *fol.* 80, de l'impression de Rouville, de Lyon. Voyez Bartole, sur la Loi 1, *num.* 2, *in fine jud. solvi*, *ff. fidejussor judicii*, *est veluti depositarius bonorum justitiæ*, et peut être contraint par corps. *Vide Boërium decis.* 277, *num.* 3.

Qu'il y avoit grande diversité de raison entre la caution contractuelle et la judiciaire : la contractuelle étoit du consentement des Parties, le créancier s'est pû pourvoir, a pû faire renoncer au benefice de division ; la judiciaire dépend du débiteur, du Juge qui la reçoit : *et talis fidejussor judicii*, *est potius expromissor*, c'est lui qui est la seule cause de l'execution du Jugement.

---

* 1 *Bornier*, *sur Ord. de* 1667, *Tit.* 28, *art.* 1. } Il est de la prudence des Juges qui doivent recevoir les cautions, et même de leur interêt particulier, de prendre garde qu'elles soient solvables, parce qu'ils sont tenus subsidiairement de leur insolvabilité du tems qu'ils les ont reçuës, §. *sciendum*, 2, *inst. de satisd. tut. vel curat. et tit. ff. et Cod. de Magistrat. conven.* C'est pour cela que les fils de famille qui n'ont rien de leur chef, ne peuvent pas être commis pour la reception des cautions, parce qu'ils n'ont pas dequoi répondre de leur solvabilité, mais il suffit pour la décharge du Juge et du Magistrat qui reçoit la caution, qu'elle soit solvable au tems qu'il la reçoit, *si Magistratus idoneum exegit*, *quamvis postea facultatibus lapsus sit*, *nihil*

est quod ei qui dedit imputetur; non enim debent Magistratus futuros casus et fortunam præstare. l. 1, §. *si Magistratus, ff. de Magistr. conven.*

---

* 1 *Bornier, sur Ord. de* 1669, *Tit.* 61, *art.* 11. } Aucuns Répis ne seront accordez pour pensions, alimens, médicamens, loyers de maisons, moissons de grain, gages de domestiques, journées d'artisans et mercenaires, reliquats de comptes de tutelle, dépôts necessaires et maniement des deniers publics, Lettres de Change, Marchandises prises sur l'étape, Foires, Marchez, Halles, Ports publics, poisson de mer, frais, sec et salé, cautions judiciaires, frais funeraires, arrerages de rentes foncieres et redevances de baux emphitéotiques.

Cautions judiciaires.] La Glose du Droit Canon, sur le chapitre unique *de injur. in sexto, verbo Prægravatur*, et Bartole, en la Loi I, *ff. de Judic, sol.* appellent les cautions judiciaires *fidejussores judicii*, et les distinguent *à fidejussoribus contractus*. Les raisons pour lesquelles ils ne peuvent pas jouir du benefice de répi, sont les mêmes que nous avons ci-dessus remarquées sur l'article 10 sous ces mots, *Ne pourront jouir du bénéfice des Lettres de répi.* Et il y a encore celle-ci qui leur est propre, *propter autoritatem judiciorum*, parce qu'on rendroit par ce moyen les Jugemens illusoires, et que les cautions judiciaires sont *veluti depositarii bonorum justitiæ.* C'est pour cela qu'il a été jugé par divers Arrêts, que les cautions judiciaires peuvent être contraintes, sans qu'il soit besoin de discuter le principal obligé, même par corps, ainsi jugé par Arrêt des Grands Jours de Tours, de l'année 1533, rapporté par Rebuffe, *tract. de liter. oblig.* et par d'autres Arrêts rapportez par M. Louet, lettre F. nomb. 23, et par Monsieur le Prestre, en sa premiere Centurie, chap. 76, en marge, où il dit, que c'est une matiere resolue au Palais, et jugée par plusieurs Arrêts: néanmoins leurs certificateurs, qui sont proprement *fidejussorum judicariorum fidejussores*, jouissent du benefice de discussion, d'autant que le certificateur n'est obligé que

subsidiairement en cas d'insolvabilité de la caution, et que son intervention ne tend qu'à certifier qu'elle est solvable, comme il a été jugé par un Arrêt de la premiere des Enquêtes du 23 Décembre 1614, remarqué par Brodeau, sur M. Louet, lettre F. nomb. 23.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 387, 391, 403. } 387. Il faut, avant toutes choses, que la caution soit capable de contracter, et de s'obliger comme caution.

Tous ceux qui sont incapables de contracter, tels que sont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les religieux ne peuvent être cautions.

391. Si la caution avait les qualités lorsqu'elle a été reçue, mais qu'elle ait cessé depuis de les avoir ; *putà*, si de solvable qu'elle était elle est devenue insolvable, le débiteur sera-t-il obligé d'en donner une autre ?

Il faut distinguer : il y sera obligé, si c'est une caution légale ou judiciaire : *Si calamitas insignis fidejussoribus, vel magna inopia accidit, ex integro satisdandum erit ;* L. 10, § 1, *qui satisd. cog.;* L. 4, ff. *de Stipul. præt.*

Si c'est une caution conventionnelle, il faut distinguer. Si je me suis obligé à donner une caution indéterminément, et qu'en exécution de cette obligation j'en aie donné une qui depuis est devenue insolvable, il faudra que j'en donne une autre : mais si j'ai contracté d'abord sous la caution d'un tel, ou que je me sois obligé à donner un tel pour caution, et qu'il devienne ensuite insolvable, je ne puis être obligé à en donner une autre, parce que je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné.

403. Il n'importe que le cautionnement se contracte en même temps que l'obligation principale, ou en différents temps, avant ou depuis.

Il n'est pas nécessaire que celui que l'on cautionne y consente ; L. 30, ff. *eod. tit.*

---

* 3 *Merlin*, *Rép.*, *v°* *Caution*, § 1, *n°* 8. } VIII. Les Cautionnemens *judiciaires* sont ceux qui sont exigés en justice, sur la demande de l'une des parties, ou qui sont ordonnés par le juge. Ces sortes de Cautionnemens ont lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit de l'exécution provisoire d'un jugement susceptible d'appel, qui ordonne le paiement d'une certaine somme. Des motifs de sagesse ont fait exiger des Cautionnemens en pareil cas, afin que si, sur l'appel, le jugement est réformé, celui qui a payé par provision, puisse exiger de la Caution ce qu'il a été contraint de débourser.

[[On ne doit pas considérer comme Caution judiciaire, le fidéjusseur qui s'est obligé devant un tribunal, sans jugement préalable qui ordonnât au débiteur principal de donner Caution. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Velleïen.*]]

Le tit. 28 de l'ordonnance de 1667 renferme ce qui a rapport aux Cautions judiciaires.

---

* 4 *Maleville*, *sur art.* 2040 *C. N.* } M. Treilhard, en présentant ce titre au Corps législatif, a donné ce motif de la deuxième partie de notre article ; c'est qu'il faut des liens plus forts, et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice ; que d'ailleurs la rigueur de cette disposition est tempérée par l'article suivant.

---

* 14 *Pand. frs.*, *sur art.* 2040 *C. N.* } Le premier projet portait, que le Juge pourrait dispenser la caution de cette dernière condition. Le silence de la Loi qui n'a point adopté cette disposition, ne laisse point au Juge cette faculté. En effet, il est de l'essence de toute caution judiciaire d'être contraignable de cette manière. Elle se soumet à cette condition en consentant au cautionnement, et par cela seul qu'elle se présente.

[ARTICLE 1962.]

* *Bousquet, Cautionnem.*, p. 343-4. } Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les art. 2018 et 2019.

Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps. (Art. 2040.)

Les héritiers présomptifs, les légataires et donataires de l'absent (art. 120 et 123), l'usufruitier (art. 602), l'usager (art. 626), le conjoint survivant (art. 771), l'héritier bénéficiaire (art. 807), etc., sont astreints à donner caution, c'est là le cautionnement *légal;* il est *judiciaire*, lorsque, par exemple, l'exécution provisoire aura été ordonnée par les juges, mais à la charge de donner *caution.* (Art. 135, Code de Proc. civ.)

Il faut que ces cautions soient capables de contracter, qu'elles soient solvables, c'est-à-dire qu'elles aient des propriétés foncières non litigieuses et suffisantes pour répondre de l'objet de l'obligation, et enfin qu'elles puissent être facilement poursuivies, c'est-à-dire qu'elles aient leur domicile dans le ressort, et que leurs propriétés ne soient pas situées trop loin.

La caution *judiciaire* doit même être susceptible de la contrainte par corps, et l'obligation de l'obligé principal ne peut jamais être réclamée par elle ; il faut des liens plus forts et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice. (Treilhard, *Exposé des Motifs.*)

Il faut remarquer que la contrainte par corps n'a pas lieu par le seul fait du cautionnement, mais seulement lorsque la caution s'est soumise à cette contrainte; quelques auteurs se sont mis à argumenter sur la position de la virgule qui se trouve au § 5 de l'art. 2060, et c'est à l'aide de la ponctuation que la question a été décidée pour et contre, les uns prétendant que la contrainte par corps a lieu de droit, les autres au contraire, soutenant, avec raison selon moi, qu'elle n'a lieu que lorsque la caution judiciaire s'y est soumise, et que le créancier peut la refuser si elle ne s'y soumet point. Quand

il s'agit d'une mesure si rigoureuse contre la liberté des citoyens, on doit, ce me semble, s'arrêter à autre chose qu'à des virgules.

---

* 3 *Delvincourt, sur art.* 2040 *C. N.*, *p.* 141 *et p.* 256-7 *des notes.* } La caution est conventionnelle, légale, ou judiciaire.

La caution conventionnelle est celle qui intervient en vertu de la seule convention des parties.

La caution légale est celle dont la prestation est ordonnée par la loi (1).

La caution judiciaire est celle qui est ordonnée par le juge (2).

Ces deux dernières cautions (3) ont cela de particulier, que celui qui ne peut en trouver une, est reçu à donner en place un nantissement suffisant.

Lorsqu'une personne est obligée en général de fournir une caution, elle doit en présenter une qui ait la capacité de contracter (4), qui possède des immeubles suffisans pour répondre de l'objet de l'obligation, et qui soit domiciliée dans le ressort de la Cour royale, où elle doit être donnée ; et, s'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit être, en outre, susceptible de la contrainte par corps (5).

(1) *Dont la prestation est ordonnée par la loi.* (*Voyez* aux Titres *des Absens, de l'Usufruit.*)

(2) *Est celle qui est ordonnée par le juge.* Si, par exemple, il est dit par jugement qu'une personne touchera une somme par provision, en donnant caution de la rapporter, s'il y a lieu.

(3) *Ces deux dernières cautions.* Pourquoi cette disposition n'est-elle pas appliquée à la caution conventionnelle ? c'est que, dans le fait, sous plusieurs rapports, un cautionnement est plus commode pour le créancier, qu'un nantissement, qu'il est obligé de conserver, dont il répond, et qui peut d'ailleurs lui être volé. L'on ne peut donc imposer ces obligations à celui qui n'a contracté que sur la foi du cautionnement qui lui a été promis.

(4) *Qui ait la capacité de contracter.* Un mineur émancipé pourroit-il cautionner ? Non. Il lui est défendu d'emprunter pour lui-même ; à plus

forte raison ne peut-il pas cautionner l'emprunt fait par un autre. Mais s'il est autorisé à faire le commerce, il n'est pas douteux qu'il ne puisse endosser des effets de commerce, du paiement desquels il devient alors caution solidaire. Je pense également que le cautionnement contracté par le mineur, pour faire sortir son père de prison, pourroit, suivant les circonstances, être maintenu. C'étoit l'ancienne jurisprudence ; et l'opinion contraire seroit trop immorale, surtout dans ce moment, où il est si essentiel de resserrer les liens de famille, si relâchés depuis trente ans.

La femme séparée pourroit-elle cautionner, sans être autorisée? Elle ne peut emprunter : donc *à fortiori*, elle ne peut cautionner. (*Voyez* cidessus, la note (7) de la page 26.) *Secùs*, si elle est marchande publique.

(5) *Susceptible de la contrainte par corps.* " Il faut des liens plus forts, " dit l'Orateur du Conseil-d'Etat, pour assurer l'exécution des obliga- " tions qui se contractent par l'organe de la justice." Cependant la contrainte par corps n'est pas de droit ; il faut que la caution s'y soit soumise. (Art. 2060, n° 5 ; et *Cod. de Procéd.*, art. 519.) Ainsi, le créancier pourra refuser la caution, si elle n'est pas contraignable par corps, et il pourra exiger qu'elle se soumette à cette contrainte ; mais s'il ne l'a pas exigé, il ne pourra pas l'exercer. *Voyez* ci-après, la note (2) de la page 191.

Zachariæ (Massé et Vergé), Cautionn., § 764. } Dans les cas où, par suite d'une disposition légale ou d'une décision judiciaire (1), il y a lieu de fournir une caution, il faut que la caution présentée réunisse les qualités déterminées

(1) Le juge peut, selon les circonstances, obliger une des parties à fournir caution, lorsque l'autre n'est condamnée que provisoirement et en attendant la décision définitive sur le fond, ou lorsque, quoique la condamnation soit définitive, un délai pour le payement est cependant accordé au débiteur condamné, ou lorsqu'il y a lieu de croire que le créancier pourra un jour être obligé à la restitution de ce qu'il a reçu, Pigeau, 2, p. 290 et 292.—Mais on ne peut considérer comme une caution judiciaire celle qui doit être reçue en justice, Merlin, *Questions*, v° *Velléien* ; [par exemple la caution qu'un surenchérisseur doit fournir aux termes de l'art. 2185. Il en est de même de celle qui doit être fournie par l'héritier bénéficiaire, conformément à l'art. 807, Pr. V. cependant Duranton, 7, n. 31 ;] ni la caution qu'une partie est condamnée à fournir en exécution de son obligation, Pigeau, *loc. cit.* [Dalloz, n. 374.] (MASSÉ ET VERGÉ).

par les art. 2018 et 2019. Et de plus, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit être susceptible de contrainte par corps, art. 2040 (1). V. aussi art. 2060, alin. 5. V. cependant art. 2065.

Le débiteur qui, tenu par la loi ou par un jugement de donner caution, ne peut en trouver, est reçu à fournir à sa place une autre sûreté reconnue comme suffisante par le juge, telle qu'un gage ou nantissement (2), art. 2041. V. art. 602 et 603.

La caution judiciaire ne jouit pas du bénéfice de discussion (3), art. 2042. La caution qui a cautionné sans réserve la caution judiciaire ne peut demander la discussion ni du débiteur principal ni de la caution, art. 2043.

Pour la procédure à suivre en cette matière, V. Pr., art. 517 et s.

1963. Celui qui ne peut pas trouver de caution est reçu à donner à la place, en nantissement, un gage suffisant.

1963. When a person cannot find surety he may in lieu thereof deposit some sufficient pledge.

(1) [Celui qui n'est pas contraignable par corps, un député par exemple, ne peut donc servir de caution pour l'exécution provisoire d'un jugement commercial, trib. de com. de la Seine, 27 avr. 1847 ; Dall., 47, 4, 64 et 4 fév. 1848, Dall., 48, 3, 14.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) L'article 2041 ne parle, il est vrai, que d'un gage ou nantissement ; mais il ne dispose que par voie d'exemple, et il cite le gage parce qu'il est, après le cautionnement, la meilleure sûreté, Pigeau, 2, p. 293, Favard, v° *Caution*, § 2 ; Limoges, 31 août 1809, Rouen, 4 juill. 1828. [Le débiteur, à défaut de caution, pourrait donc offrir une hypothèque, Pigeau, *ibid.*, Toullier, 3, n. 422 ; Duranton, 4, n. 603 ; Troplong, n. 592 ; Dalloz, n. 378.—*Contrà*, Ponsot, n. 386.— Pourvu, toutefois, que la célérité de l'affaire s'accommodât des formalités de l'hypothèque, Troplong et Dalloz, *loc. cit.*] (MASSÉ ET VERGÉ).

(3) Dans l'ancien droit la caution judiciaire ne pouvait non plus prétendre au bénéfice de division, Maleville, sur l'art. 2042.— [Mais aujourd'hui, aucune loi ne le lui refuse, Ponsot, n. 211 ; Dalloz, n. 382.] (MASSÉ ET VERGÉ).

* *C. N.* 2041. } Celui qui ne peut pas trouver une caution, est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant.

---

* *C. L.* 3034. } Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à la place un gage ou nantissement suffisant, pourvu que l'objet donné en gage puisse se garder sans embarras et sans risque.

Il peut aussi déposer entre les mains de l'officier public chargé de recevoir le cautionnement la somme pour laquelle il est requis de fournir caution.

---

* *ff. Mand. vel contra, Liv.* 17, *Tit.* 1, *L.* 59, § 6. } Paulus respondit, non videri mandati conditioni paritum, cùm in mandato adjectum sit, ut idonea cautio à debitore exigeretur, si neque fidejussor, neque pignora accepta sint. (Paulus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le même jurisconsulte dit encore qu'un mandataire n'étoit pas censé avoir rempli un mandat par lequel il étoit chargé d'exiger bonne et suffisante caution des débiteurs, s'il ne s'étoit fait donner ni répondant ni gage. (Paul).

---

* *ff. De reg. juris, Liv.* 50, *Tit.* 17, *L.* 25. } Plus cautionis in re est, quàm in persona. (Pomponius).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Il y a plus de sûreté dans les obligations réelles que dans les personnelles. (Pomponius).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 392. } Il nous reste la question de savoir si celui qui est tenu de donner une caution, peut être admis à donner à la place des gages suffisants pour répondre de la dette ?

Pour la négative, on allègue cette maxime de droit, *Aliud*

pro alio invito creditori solvi non potest ; maxime qui a lieu quand même la chose qu'on offrirait serait meilleure : d'où il paraît suivre que le créancier à qui l'on doit une caution, n'est pas obligé de recevoir des gages à la place. Nonobstant ces raisons, on doit être facile à permettre à celui qui doit une caution, de donner des gages à la place, lorsqu'il ne peut donner de caution ; parce que celui à qui la caution est due, n'ayant d'autre intérêt que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans des gages autant, et même plus (*cùm plus cautionis sit in re quàm in personâ, et tutius sit pignori incumbere, quàm in personam agere*), ça serait de sa part une pure mauvaise humeur de refuser les gages à la place de la caution, si ce qu'on lui offre pour gages peut se garder sans aucun embarras, sans aucun péril ; *Basnage, ibid.*

Voy. *Delvincourt*, cité sur art. 1962.

---

* *Bousquet, Cautionn., sur art* 2041. *p.* 344. } Il fallait venir au secours du débiteur qui, obligé par la loi, ou condamné par un jugement à fournir une caution, ne pourrait en trouver une qui eût les qualités requises ; il est admis à donner en nantissement un gage suffisant. (*Rapport du tribun* Chabot, de l'Allier). La justice est alors satisfaite, puisqu'elle obtient une garantie entière. (Treilhard, *Exposé des motifs*).

Cet article n'est pas applicable à la caution conventionnelle. Ainsi, l'on ne peut obliger le créancier qui a prêté sur la promesse d'un cautionnement, à recevoir un gage en nantissement.

---

* 4 *Maleville, sur arts.* 2041-2 *C. N.* } C'était la jurisprudence générale. *Voyez* Lapeyrère, lett. D, n. 38 ; Rousseaud, *Caution*, sect. 2, n. 1 ; *Serres*, pag. 83.

Ces deux derniers auteurs enseignent même que les cautions judiciaires ne peuvent pas davantage excepter du bénéfice de division.

---

2 *Proudhon*, *Usufruit*, *n*° 848. } La question de savoir si l'usufruitier peut être admis à offrir un gage au lieu d'une caution, présente plus de difficulté. Il s'agit ici d'une caution légale : or, dira-t-on, suivant l'article 2041 du code, celui qui est passible de la caution légale, et qui ne peut en trouver une, *est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant.* Donc la prestation du gage peut être faite au lieu de celle du cautionnement.

Néanmoins lorsqu'on ne peut trouver une caution, et qu'il s'agit non d'un débiteur ordinaire, mais d'un usufruitier, la loi, statuant spécialement sur ce cas, ne suppose pas que la caution puisse être remplacée par un nantissement, puisqu'elle veut qu'on ait recours au séquestre et aux autres moyens de sûreté dont nous avons parlé plus haut ; et il est naturel d'adopter plutôt la disposition qui est particulière, parce qu'à raison de sa spécialité, elle est comme une dérogation ou exception à la règle générale : *Et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.* (1)

---

* *Troplong sur art.* 2041 *C. N.* } 591. La disposition de cet article est particulière à la caution légale et judiciaire (2) ; car nous avons dit ci-dessus que cette faculté, de substituer un gage ou un nantissement à une fidéjussion, n'a pas lieu lorsque l'obligation de donner caution procède de la convention des parties (3). Quand on s'est engagé par convention à donner une caution, il faut que l'obligation soit remplie : " *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* (4)."

(1) L. 80, ff. *de regul jur.*

(2) *Contrà*, Pothier, n. 393 ; Basnage, part. II, ch. II, p. 102 ; Pyrrhus Maurus, p. 947, d'après Bartole.

(3) Nos 202 et 42.

(4) A Id. *Jurisprudence.*—On peut présenter pour caution *plusieurs* personnes ; aucune disposition n'exige que le cautionnement soit fourni *par une seule* personne. Paris, 3 août 1812 ; Rej., 4 avril 1826 (Sirey,

Mais si l'obligation de donner caution procède de la loi ou d'une décision judiciaire, cette obligation comporte plus de latitude dans son exécution, et l'obligé qui ne peut trouver une caution peut offrir un gage ou un nantissement suffisant (1); il y a alors une sorte de nécessité qui permet de substituer une chose à une autre.

592. Notre article, en donnant à l'obligé cette faculté, ne parle que du gage ou du nantissement. Lui permettra-t-on de donner une hypothèque, si, ne pouvant trouver de caution, il lui est plus commode de donner une hypothèque ?

Cette question partage les esprits. Toullier (2), Pigeau (3),

XXVI, 1, 353; D. P., XXVI, 1, 206); Toulouse, 2 août 1827 (Sirey, XXVIII, 2, 108, D. P., XXVIII, 2, 80); Bordeaux, 20 août 1831 (D. P., XXXIII, 2, 80); *Sic* Grenier, *Hyp*, t. II, n. 448; Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, q. 2467; Paignon, *Ventes jud.*, t. II, p. 9; *contrà*, Carré, q. 1832, à la note.

On lit dans Championnière et Rigaud, II, n. 1412; " Le débiteur d'une caution conventionnelle ne serait pas admis à réclamer le bénéfice de l'art. 2041 du code civil, sans le consentement du créancier, parce que celui-ci ne peut être contraint à recevoir autre chose que ce qui lui est dû (art. 1243 du code civil), et que le gage n'est pas la même chose que la caution.

" Cependant le rapprochement de ces deux obligations souvent alternatives et conduisant au même but, leur a fait, dans l'usage, quelquefois donner le même nom. On a désigné sous la qualification de cautionnement, soit le montant de la somme qui dvrait être cautionnée, soit l'objet donné en nantissement."

(1) Add. "Dans ce cas, dit Zachariæ, § 425, la personne obligée de donner le cautionnement est admise à le remplacer soit par un gage, soit par d'autres sûretés équivalentes, telles, par exemple, que le dépôt à la caisse des consignations d'une somme ou d'une inscription de rente suffisantes. Amiens, 27 mai 1826."

Favard de Langlade, *Caution*, n. 2, pense au contraire que c'est en raisonnant *à fortiori* que l'hypothèque doit être accueillie.

(2) T. III, n. 422.

(3) T. II, p. 308 et 309.

Duranton (1) sont d'avis de l'affirmative. Zachariæ (2) et Ponsot (3) pensent, au contraire, que l'offre d'une hypothèque même sur des biens libres serait insuffisante. C'est aussi l'opinion que j'ai enseignée dans mon *Commentaire des Hypothèques* à propos de la caution du surenchérisseur (4). Les incommodités et les formalités de l'hypothèque peuvent légitimer cette conclusion dans ce dernier cas, et autres analogues où la célérité de l'affaire exige promptitude et surabondance de sûretés. Je ne voudrais cependant pas décider d'une manière absolue que l'offre d'une hypothèque sur des biens libres n'est jamais acceptable en matière de caution légale ou judiciaire. L'article 2041 n'est pas rédigé d'une manière limitative, et le mot *gage* peut s'entendre *lato sensu* de l'hypothèque. Le juge doit consulter les circonstances et se décider suivant la nuance des cas particuliers, en faisant entrer en ligne de compte la moralité du débiteur, sa bonne foi, son crédit, et en écartant avec soin tout ce qui tiendrait, du côté du créancier, à mauvaise humeur ou esprit de chicane.

1964. La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.

1964. A judicial surety cannot demand the discussion of the principal debtor.

(1) T. IV, n. 603.

Add. Mazerat sur Demante, n. 802, dit : " Le mot *gage* ou *nantissement* doit être pris ici (art. 2041) dans le sens le plus étendu, pour toute espèce de sûreté réelle : par exemple, un gage, une hypothèque, une antichrèse, etc. (Arg. de l'art. 167 du code de procédure, relatif à l'étranger qui ne peut pas trouver de caution.) En outre : *Plus est cautionis in re quàm in personâ.*"

(2) T. II, p. 9, note 8, et p. 243, note 32 ; t. III, p. 155.

(3) N° 386. Add. Voy. *suprà*, art. 2018, 2019, et ce qui sera dit au titre *de l'usufruit*.

(4) N° 941.

[ARTICLE 1964.]

* *C. N.* 2042. } La caution judiciaire ne peut pas demander la discussion du débiteur principal.

---

* *C. L.* 3035. } La caution judiciaire ne peut pas demander la discussion du principal débiteur.

---

* *ff. Judicatum solvi, Liv.* 46, *Tit.* 7, *L.* 1. } In stipulatione judicatum solvi, post rem judicatam statim dies cedit : sed exactio in tempus reo principali indultum differtur. (Paulus).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Dans la stipulation de payer le jugé le jour échoit aussitôt après le jugement ; mais l'exécution est différée jusqu'au temps accordé au débiteur principal. (Paul).

---

* *Cod. De usuris rei fid., Liv.* 7, *Tit.* 54, *L.* 3, § 1. } Et cùm antiquitas pessimo exemplo reis quidem condemnatis, laxamentum duorum mensium præstabat, fidejussores autem eorum eodem uti beneficio non concedebat, ut liceret victoribus (relictis propter legem condemnatis personis) à fidejussoribus eorum, vel mandatoribus statim pecunias, vel res in condemnatione positas exigere : hujusmodi acerbitatem resecantes, sancimus quadrimestres inducias, quas dedimus condemnatis, etiam ad fidejussores eorum, et mandatores extendi, ne legi fiat derogatum. Cùm enim interventor solvere compellebatur, et ipse reum coërcebat ad invitam solutionem : nullum condemnatus habebat sensum nostræ humanitatis : quia per medium fidejussorem statim pecunias persolvere compellebatur. (Imp. Antoninus).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Comme les anciens, par une disposition pernicieuse qui accordait aux condamnés deux mois de délai pour payer la chose jugée, n'en accordaient point du tout à leurs fidéjusseurs, au point qu'il était permis à la partie victorieuse d'exiger de suite des

fidéjusseurs ou des mandans du condamné le montant de la chose jugée, et qu'il arrivait par-là que les fidéjusseurs ou mandans étaient toujours poursuivis au lieu du débiteur principal ; nous ordonnons, dans le dessein d'éviter cette injustice, que le délai de quatre mois que nous avons accordé aux condamnés, le soit aussi à leurs fidéjusseurs et mandans, afin qu'on ne puisse plus éluder la loi ; car auparavant on l'éludait d'une manière manifeste ; parce que le répondant étant contraint de payer, de son côté il forçait le débiteur pour lequel il avait répondu de lui restituer la somme qu'il avait avancée pour lui ; et delà résultait que le condamné ne se ressentait en aucune manière des avantages du délai que notre humanité nous a porté à lui accorder, étant de suite contraint de payer la chose jugée par le moyen de son fidéjusseur. (Emp. Antonin).

Le Prestre, *cent.* 2, *ch.* 88, *p.* 566. } Il y a grande difference entre un fidejusseur et un certificateur, parce que le fidejusseur *accedit alienæ obligationi*, et s'oblige de payer, au cas que le principal obligé soit insolvable. Il n'a que le Benefice de discussion, c'est à dire que le creancier ne se peut adresser à luy, qu'il n'ait discuté premierement le principal obligé. Le certificateur ne s'oblige à autre chose, sinon de faire apparoir et justifier que ce qu'il a certifié fust veritable au temps qu'il l'a certifié. Comme s'il a certifié que *Titius* avoit vallant cinq cens livres, ou qu'à *Titius* appartienne une telle maison, ou que *Titius* soit solvable ; il suffit pour sa décharge, qu'il justifie que *Titius* eust les cinq cens livres, ou fust maistre de cette maison, ou fust solvable lors qu'il a certifié : encore que depuis il ait vendu la maison, ou soit devenu insolvable.

Par disposition du Droit Romain, *is*, *qui erat laudator et affirmator*, ne s'obligeoit point, *veluti is*, *qui affirmaverat idoneum esse eum*, *cui pecunia mutua dabatur*, *non poterat quasi fidejussor conveniri. Sed neque de dolo tenebatur*, *nisi magna ex causa*, *et evidenti calliditate. l. at eleganter*, *in fine. ff. de dolo.*

Et la Loy suivante du mesme titre en baille un exemple, *Si cùm scires aliquem labi facultatibus, lucri gratia affirmasti mihi eum idoneum esse debitorem, merito adversum te, cùm mei decipiendi gratia, alium falso laudasti, de dolo judicium datur. Similiter proxeneta, si intervenerit faciendi nominis causa, non tenetur, nisi si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, etiamsi aliquid Philantropi nomine acceperit, quia hic monstrat magis nomen, quàm mandat. l.* 2. *ff. de Proxenet.* Et en l'espece de la Loy *Si is, qui rem* 66. §. *Si tu Titium. ff. de furtis.* Celuy qui *commendavit mihi Titium, quasi idoneum cui crederem; posteaquàm in Titium, quem mihi laudaverat, inquisivi, alium mihi quasi Titium adduxit; datur mihi in eum actio furti vel in factum; furti si scientem adduxerit, quasi ejus ope, et consilio furtum factum sit; in factum utili actione tenebitur si ignorantem nec furtum facientem adduxit.*

In causa tamen pupillari etiam sine stipulatione quasi fidejussor obligatur qui præsens fuit, et nomen suum in acta publica referri passus est, vel qui affirmavit tutorem idoneum esse. l. 4. §. *ult. ff. de fidejuss. tutor. Affirmator eo casu vicem fidejussoris sustinet. Item in specie. l. in causæ cognitione* 13. *ff. de Minorib. Si cum scires minorem esse, et ei fidem non haberes, mandaverim tibi ut ei pecuniam crederes, tibi in me dabitur actio; etiamsi minori succurratur. Eo enim casu affirmator fui et suasor, ut cum minore contraheres.*

---

* *Basnage, Hypoth., ch.* 4, *p.* 105. } A l'égard des fidejusseurs il y a différence entre les cautions judiciaires et les conventionnelles, la caution judiciaire peut être contrainte après le jugement et les délais expirés, sans aucune discussion des biens du condamné. L. sancimus. *C. de usur. rei jud. et ibi. glos.* ce que Bartole sur la *l.* 1. *D. jud. solv.* prouve par plusieurs raisons.

---

* *Lapeyrère, v° Discussion, p.* 374. } Pleiges et cautions judiciaires n'ont point le bénéfice de la discussion. V. Lepr., cent. 2. ch. 88.

Jugé par arrêt d'audience du 19 fév. 1658, plaidans Licterie et Laurengnac, qu'un attestant judiciaire de la solvabilité d'un tuteur ne pourrait pas opposer la discussion préalable du tuteur.

---

* *Lacombe, Recueil jurisp., v° Caution, sec.* 3, § 1. } Caution conventionnelle peut opposer la discussion, *nov.* 4. *cap.* 2. *auth. sed hodie, C. de oblig. et act. et auth. hoc si debitor, C. de pign.* s'il n'est obligé solidaire, ou s'il n'y a renoncé ; bien qu'il ait dit que si le débiteur ne payoit dans un mois il en faisoit sa dette propre, Carond. liv. 2, rép. 104. Chop. Lhommeau, liv. 3. ch. 11. mais caution judiciaire ne peut opposer la discussion, Louet, F. 23.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1945 ; *Maleville*, sur art. 1963 ; *Troplong*, sur art. 1965 et *Louet*, sur art. 1962.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 23, *art.* 17. } La caution conventionnelle ne peut être poursuivie qu'après la discussion des immeubles du débiteur principal, si elle n'est obligée solidairement à la dette ; mais la caution judiciaire ne peut user du bénéfice de discussion.

---

* 14 *Pand. frs., sur art.* 2042 *C. N.* } On lui refusoit aussi autrefois le bénéfice de division. Le Code civil étant muet à cet égard, on peut en conclure qu'elle doit maintenant en jouir.

---

* *Bousquet, Caution. p.* 344. } " Ces dispositions paraîtraient trop rigoureuses, disait l'orateur du Tribunat, Lahary, si elles s'appliquaient aux cautions conventionnelles ; mais elles ne concernent que les cautions légales et conventionnelles. Or, ces sortes de cautions contractent avec la loi ou avec ses ministres, et dès lors elles doivent présenter la plus forte, comme la plus sûre de toutes les responsabilités."

[ARTICLE 1965.]

Celui qui donne une affectation hypothécaire pour sûreté d'une créance, sans s'obliger lui-même au paiement subsidiaire, n'est pas une caution dans le sens des art. 2011, 2037; il ne peut demander sa décharge sur le fondement que la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en sa faveur. (Cass., 10 août 1814. *Voy.* aussi, arrêt de Cassation du 25 novembre 1812).

---

* *Rogron, sur art.* 2041 *C. N.* } *Donner à sa place un gage.* Cette disposition n'est pas appliquée à la caution conventionnelle, parce qu'un cautionnement est plus commode pour le créancier, qu'un nantissement qu'il est obligé de conserver, dont il répond, et qui peut lui être volé. L'on ne peut donc imposer cette obligation à celui qui n'a contracté que sur la foi du cautionnement qu'on lui a promis.

---

* 3 *Delvincourt, sur art.* 2042 *C. N., p.* 143 *et p.* 259 *des notes.* } Ce bénéfice n'est point accordé à la caution judiciaire, ni même à son certificateur, qui ne peut en conséquence demander la discussion, ni du débiteur principal, ni de la caution (1).

(1) *Ni de la caution.* C'est par la même raison pour laquelle on exige que cette caution soit susceptible de la contrainte par corps.

1965. Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal, ni de la caution.	1965. He who is simply surety of a judicial surety cannot demand the discussion of the principal debtor nor of the surety.

* *C. N.* 2043. } Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution.

---

* *C. L.* 3036. } Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du principal débiteur ni de la caution.

---

* 4 *Maleville*, *sur art.* 2043 *C. N.* } Il y avait grande diversité d'opinions sur cette question. *Voyez* Lapeyrère, lett. D, n. 38, au lieu cité. *Rousseaud* rapporte même un arrêt contraire à celle adoptée par l'article : mais je crois qu'on a suivi la plus conforme à l'esprit de la loi entière.

On observera qu'il n'est pas dit un mot dans ce titre du fameux Sénatus-Consulte Velleien, qui défendait aux personnes du sexe de cautionner pour autrui. Ce Sénatus-Consulte était rigoureusement exécuté en pays de Droit écrit, quoique le roi Henri IV l'eût aboli par son édit de 1604. Mais à présent il ne peut plus être exécuté nulle part.

---

* *Lacombe*, *Recueil*, *v° Caution*, *sec.* 3, *n°* 2 (*contrà*). } Certificateur, même judiciaire, ne peut être convenu, que la Caution n'ait été discutée ; mais à ses frais sur son indication. Arr. 7 septembre 1630, le Pr. ès arrêts de la cinquième contre Lhommeau, liv. 3, ch. 11.

Voy. *Lapeyrère* et *Bousquet*, cités sur art. 1964.

---

* *Rogron*, *sur art.* 2043 *C. N.* } *Ne peut demander la discussion.* Parce que la caution de la caution se soumet aux mêmes obligations que la caution, dont elle garantit la solvabilité, et ne peut avoir plus de droits qu'elle.

Troplong, *sur art.* 2042-3, *C. N.*, *n°* 593 *et s.* } 593. C'est une vieille jurisprudence que celle qui refuse aux cautions judiciaires et à leurs certificateurs le bénéfice de

discussion. Louet (1) rapporte un arrêt solennel donné aux grands jours de Tours en 1533, et conforme à la doctrine des glossateurs et des interprètes (2).

594. Pour quel motif cependant la caution judiciaire a-t-elle été l'objet de cette exception rigoureuse aux dispositions générales de la novelle 4 ?

D'une part, lorsque la caution est conventionnelle, le créancier a pu veiller à sa sûreté par des pactes de nature à le rassurer ; et puisqu'il dépendait de lui de faire renoncer le fidéjusseur au bénéfice de discussion et qu'il ne l'a pas fait, il ne peut trouver mauvais de se voir arrêté par l'*exceptio ordinis.* Au contraire, le créancier n'a pas eu la même liberté dans le cas de caution judiciaire, et il ne doit pas souffrir de cette situation.

De plus, la caution judiciaire tient de l'*expromissor* (3). Le respect dû aux jugements ne permet pas d'en retarder l'exécution par des moyens dilatoires. Il faut, pour que l'autorité de la chose jugée soit réelle, entière, que la caution soit contraignable de plein vol et sans discussion (4).

595. La chose pourrait être trouvée plus douteuse à l'égard du certificateur, à qui il semble qu'on ne doit s'adresser que lorsque la caution certifiée par lui n'est pas solvable. C'était l'opinion de Leprêtre (5) et la décison de quelques arrêts rapportés par Brodeau (6).

Mais cette jurisprudence n'a pas prévalue auprès des rédacteurs du code civil. Ces sortes de cautions, étant contractées

(1) Lettre F. *somm.* 23.

(2) *Junge* Heringius, c. XXVI, n. 317 ; Pyrrh. Maur., p. 578, n. 88 ; Pothier, n. 409.

(3) *Suprà*, n. 10 ; Louet, *loc. cit.*

(4) Brodeau sur Louet, *loc. cit.;* Treilhard, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XV, p. 46).

(5) Cent. II, ch. LXXXIII.

(6) *Loc. cit.*, n. 2.

avec la loi ou avec ses ministres, doivent présenter la plus forte comme le plus sûre des responsabilités (1).

(1) Le tribun Lahary (Fenet, t. XV, p. 89).

Add. Deleurie ajoute, n. 11940 : " Mais il résulte du mot *simplement*, que le certificateur de la caution judiciaire peut se réserver le bénéfice de discussion, pourvu que la réserve soit expresse."

On lit dans O. Leclercq, t. VII, p. 59 : " Cette caution peut se faire simplement cautionner Lorsque cela arrive, il ne faut pas que celui en faveur duquel la caution est donnée soit privé des droits qu'il a acquis par la caution judiciaire ; il ne peut donc être forcé de discuter, et le débiteur principal, et la caution judiciaire, avant d'arriver à celui qui a cautionné celle-ci. Ainsi le certificateur de la caution peut seulement exiger la discussion de l'un ou de l'autre, mais pas celle de tous les deux."

Il continue en disant : " On demande si celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire peut exiger que le créancier discute le débiteur principal ? Il paraît qu'il le peut La loi, en lui ôtant la faculté de demander la discussion du débiteur principal et de la caution, semble lui laisser le pouvoir de demander la discussion de l'un ou de l'autre. Ceci n'est pas entièrement d'accord avec les principes que j'ai rapportés plus haut, et sur lesquels les dispositions relatives au cautionnement sont basées, puisque le fidéjusseur et celui qui l'a cautionné ne sont pas des cofidéjusseurs ; le premier est un débiteur principal relatif à sa caution, et celle-ci ne doit pas être considérée comme la caution du véritable débiteur principal, parce qu'il serait le cofidéjusseur de la caution de celui-ci, ce qui n'est pas. Je crois néanmoins que celui qui a cautionné la caution judiciaire peut demander que le créancier discute le débiteur principal avant lui.

" Il est constant qu'il peut demander la discussion de la caution. Or, en quoi consiste le pouvoir d'exiger cette discussion ? Il faut que celui qui la requiert indique des biens à discuter et qu'il avance les deniers suffisants pour faire la discussion (art. 2023). Il est donc fort indifférent au créancier qu'on lui indique des biens qui appartiennent à sa caution, ou qu'on lui en indique qui appartiennent à son débiteur principal, dès qu'il ne peut être obligé de discuter l'un et l'autre ; ce ne serait donc qu'un vain caprice de sa part, caprice que la loi ne doit point favoriser, s'il pouvait refuser de discuter son débiteur principal, tandis qu'on peut le forcer de discuter sa caution : la discussion de l'un ou de l'autre est la même, elle présente les mêmes difficultés s'il y en a."

Delvincourt, t. VII in-8°, p. 359, n'autorise la discussion ni du débiteur principal, ni de la caution.

[ARTICLE 1965]

595. 2° (1).

(1) Addd. *Les art.* 2042 *et* 2043 *sont-ils applicables aux cautions légales ?*— L'affirmative est enseignée par Sebire et Carteret, n. 81 : " Le même motif doit faire étendre l'exclusion à la caution légale. Il est bien vrai que l'art. 2042 ne désigne nominativement que la caution judiciaire. Mais, d'une part, cet article est placé au code sous une rubrique commune au cautionnement judiciaire et au cautionnement légal, d'où il suit que les mêmes règles sont applicables à tous deux ; d'autre part, l'autorité de la loi est au moins aussi puissante que celle de ses ministres, et dès lors il serait contradictoire d'imposer une responsabllité plus grande à la caution judiciaire qu'à la caution légale. Au surplus, la discussion du code et l'exposé des motifs ne laissent aucun doute sur la similitude de solution à prononcer dans les deux cas. (Voy. le rapport de Chabot et l'exposé des motifs de Lahary, dont les paroles sont ci-dessus citées).

" Cependant Duranton (t. XVIII, n. 388) émet un avis contraire ; il soutient que le bénéfice de discussion n'est point refusé à la caution qui a été fournie en vertu de la loi, par exemple, à la caution donnée par un usufruitier ; et Pothier, n. 409, après avoir dit que les cautions judiciaires ne peuvent opposer cette exception, ajoute ; " Les cautions pour les " fermes du roi ne sont pas non plus aujourd'hui reçues à opposer cette " exception," mention limitative qui semblerait indiquer que dans tous les cas autres que celui-là et ceux de cautionnement judiciaire, et par conséquent dans le cas d'un cautionnement légal, le bénéfice de discussion pourrait être valablement opposé par la caution : *Inclusio unius est exclusio alterius.*

" Nous ne pouvons toutefois partager cette opinion, et nous persistons à maintenir celle que nous avons émise précédemment." Op. conf. à Sebire par Rolland de Villargues, n. 99. La négative est enseigné par Delvincourt, t. VII, in-8°, p. 359, qui met la caution légale sur la même ligne que la caution conventionnelle ; et par Proudhon, *Usuf.*, n. 821 : " Il n'y a, dit ce dernier, que la caution judiciaire qui soit privée du bénéfice de discussion."

TITRE SEIZIÈME.	TITLE SIXTEENTH.
DU CONTRAT DE NANTISSEMENT.	OF PLEDGE.

Rapport de MM. les Commissaires. L'article 1966 combine les articles 2071, 2077, C. N. ; il ne diffère pas de l'article 2071 quant à la définition y contenue, mais il est plus spécial et plus complet, et est fondé sur les autorités citées à la suite. Le contrat de nantissement est dérivé du droit romain, et on s'est peu écarté des règles qu'il donne quant à ce qui regarde le gage des biens meubles.

CHAPITRE I.

DU NANTISSEMENT DES IMMEUBLES.

Les différences quant au nantissement des immeubles sont plus essentielles ; le gage des immeubles nommé dans le droit romain *antichresis* était un contrat par lequel le débiteur mettait le créancier en possession de l'héritage pour en percevoir les fruits, comme représentant l'intérêt de la dette, jusqu'au remboursement. Ce contrat, qui était condamné en conséquence des prohibitions du droit canonique contre l'usure, ne paraît pas avoir jamais été admis dans la Coutume de Paris ; il était néanmoins reconnu dans les pays de droit écrit. Lacombe, v° Antichrèse.— Pothier, nantiss., No. 20.—Loisel, obs. de Dr., p. 111.—Troplong, nantiss, 510 et seq.

Le Code Napoléon a conservé le nom de l'antichrèse, et a consacré un chapitre à cette matière (le 2e) dans le titre *Du Nantissement ;* mais le contrat qui y est ainsi désigné diffère considérablement de celui du droit romain ; c'est simplement un nantissement au moyen duquel le créancier perçoit les fruits qu'il impute en paiement des intérêts, et l'excédant, s'il y en a, va en déduction et extinction du principal. Ce nantissement est reconnu dans notre droit sous le nom de gage d'immeubles, et est soumis, sous presque tous les rapports, aux règles relatives au gage des biens meubles. Le présent chapitre ne contient donc qu'un seul article, 1967, qui déclare quelques règles applicables au gage des immeu-

bles et un renvoi général à celles contenues dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II.

DU GAGE.

Les articles 1968, 1969, 1970, ne demandent aucune remarque ; ils expriment l'ancien comme le nouveau droit français.

La loi ancienne coïncidait avec le Code Napoléon ; dans l'ancien comme dans le nouveau système de droit la règle correspondait à celle du droit romain (Cod., L. ult., de pact. pign.) en déclarant nulle la convention qui autoriserait le créancier à s'approprier la chose ou à l'aliéner autrement que suivant les prescriptions de cet article. Cette prohibition avait pour objet de prévenir l'usure dans les contrats de cette espèce, et comme la raison de cette règle a disparu, les Commissaires ont fait adopter en amendement que la prohibition en question doit être abolie, comme n'étant pas en harmonie avec les lois réglant les intérêts.

Les articles 1972 à 1976 reproduisent les articles du Code Napoléon notés sous chacun d'eux, et ne souffrent aucune difficulté.

Les articles 1977, 1978, et 1979 n'exigent aucun commentaire ; le dernier ne contient qu'un renvoi général aux statuts relatifs aux prêteurs sur gage. Voyez le ch. 54, S. R. C.

1966. Le nantissement est un contrat par lequel une chose est mise entre les mains du créancier, ou, étant déjà entre ses mains, est par lui retenue, du consentement du propriétaire, pour sûreté de la dette.

La chose peut être don-

1966. Pledge is a contract by which a thing is placed in the hands of a creditor, or, being already in his possession, is retained by him with the owner's consent, in security for his debt.

The thing may be given

née soit par le débiteur ou par un tiers en sa faveur.	either by the debtor or by a third person in his behalf.

---

* *C. N.* 2071, 2077. } 2071. Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.

2077. Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Nantiss.*, *n°* 1 *et s.* } 1. On peut définir le *contrat de nantissement*, un contrat par lequel un débiteur, ou un autre pour lui, donne au créancier une chose pour la détenir par devers lui pour la sûreté de sa créance ; et le créancier s'oblige de la lui rendre après que sa créance aura été acquittée (1).

2. La chose qui est donnée par ce contrat au créancier, s'appelle *nantissement ;* elle s'appelle aussi *gage*, et en latin *pignus* (2).

Le *nantissement* diffère de l'*hypothèque*, en ce que le nantissement se fait par la tradition de la chose qui est remise entre les mains du créancier ; au lieu que l'hypothèque est un droit que le créancier acquiert dans les biens de son débiteur, qui en sont susceptibles, sans que son débiteur lui en fasse aucune tradition.

3. La seule convention n'est pas néanmoins suffisante dans notre droit français pour établir l'hypothèque ; elle ne peut naître que d'un acte par-devant notaires, par lequel le débiteur se soit obligé, ou d'un jugement de condamnation rendu contre lui (3).

(1) *V.* art. 2071, C. civ. (Bugnet.)

(2) *V.* art. 2072, C. civ. (Bugnet).

(3) L'hypothèque ne peut s'établir que sur des immeubles ? *V.* art. 2116, 2117 et 2118, C. civ. (Bugnet.)

[ARTICLE 1966.]

* 2 *Domat* (*Remy*), *liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 1. } Comme la nature de l'hypothèque est d'affecter les biens pour la sûreté des engagemens, et que, par exemple, le créancier d'une somme d'argent assure son paiement sur le droit de suivre partout la chose qui lui est hypothéquée, il est nécessaire de remarquer une différence importante entre notre usage et le droit romain, en ce qui regarde l'assurance sur les meubles et effets mobiliers des débiteurs.

Dans le droit romain, l'hypothèque avait le même effet sur les meubles que sur les immeubles, avec ce droit de suite. Mais les inconvéniens d'assujettir à ce droit de suite les meubles, si sujets à changer de main, ont fait établir une autre jurisprudence dans ce royaume ; et c'est notre règle, que l'hypothèque sur le meuble ne dure que tandis qu'il demeure en la puissance de celui qui est obligé, ou que celui qui l'a pour sûreté s'en trouve saisi. Mais si le débiteur le fait passer en d'autres mains, ou par une aliénation, ou le donnant en gage, on ne peut plus le suivre ; c'est cette règle qu'on exprime par ces mots, que *meuble n'a point de suite par hypothèque.*

L'usage est donc en France, à l'égard des meubles, que les créanciers y exercent leur droit en deux manières. L'une, lorsque le meuble est en la puissance du créancier qui en est saisi, et qui le tient en gage ; et l'autre, lorsque le meuble est en la puissance du débiteur ou d'autres personnes qui l'ont en son nom, comme un dépositaire, ou celui qui l'a emprunté, ou un autre créancier qui aurait en gage un meuble dont la valeur excéderait celle de la dette. Au premier cas, le créancier peut faire vendre le meuble, si le débiteur y consent, ou, à son refus, par autorité du juge, pour être payé sur le prix qui s'en tirera, par préférence à tous autres créanciers, même antérieurs, mais non au préjudice du créancier qui aurait un privilége sur ce même gage. Dans le second cas, le créancier peut saisir et faire vendre le meuble de son débiteur, s'il a une hypothèque sur les biens, ou une permission du juge pour saisir. Et si d'autres créanciers

concourent avec lui par d'autres saisies ou oppositions, il leur sera préféré, s'il a saisi le premier, si ce n'est que tous les biens du débiteur ne fussent pas suffisans pour tous ses créanciers ; car en ce cas, qu'on appelle le cas de déconfiture, le premier saisissant n'est pas préféré, et il n'y a de préférence que pour ceux qui ont quelque privilége, et tous les autres viennent en contribution selon leurs créances, ainsi qu'il sera expliqué dans le titre V du livre IV ; au lieu que sur les immeubles, les créanciers sont préférés les uns aux autres selon la propriété de leurs hypothèques, ce qui vient de la différence que notre usage met entre les immeubles, susceptibles d'hypothèque, et les meubles, sur lesquels l'hypothèque n'a pas de suite. Et quand le meuble n'est, ni en la puissance du créancier, ni en celle du débiteur, ou d'autre en son nom, le débiteur l'ayant aliéné, alors le créancier n'y a plus de droit, sinon dans le cas qui sera remarqué sur l'article 4 de la section 5.

1. Le mot d'hypothèque signifie d'ordinaire la même chose que le mot de gage, c'est-à-dire l'affectation de la chose donnée pour sûreté de son engagement ; et on use indistinctement de ces deux mots dans le même sens. Mais le mot de gage se dit plus proprement des choses mobilières, et qui se mettent entre les mains et en la puissance du créancier, et le mot d'hypothèque signifie proprement le droit acquis au créancier sur les immeubles qui lui sont affectés par son débiteur, encore qu'il n'en soit pas mis en possession. (C. civ. 1222, 2114, s. 2166, 2180.)

L'hypothèque est *indivisible,* en ce sens qu'en cas de vente d'une partie des immeubles qui en sont grevés, le créancier a droit d'exiger du vendeur le remboursement entier de sa créance, quelle que soit l'époque de son exigibilité.

Lorsqu'un immeuble est hypothéqué en totalité au service d'une rente, le créancier a droit de poursuivre le paiement total contre chaque propriétaire partiel de l'immeuble. Le propriétaire partiel assigné ne peut exciper de ce que, même par événement de force majeure, par exemple, le fait du gouvernement, il est privé de son recours contre ses codébiteurs hypothécaires.

[ARTICLE 1966.]

L'hypothèque doit être réputée indivisible, en ce sens, qu'en cas de vente d'*une partie* de l'immeuble qui en est grevé, le créancier a droit d'exiger du vendeur le remboursement *entier* de la créance d'ailleurs non exigible de sa nature.

---

* 5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), *Nantissement*, § 777. } Le nantissement est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers pour le débiteur (1), remet une chose au créancier pour sûreté de sa créance (2), art. 2071 et 2077.

Le nantissement peut avoir pour objet une chose mobilière ou une chose immobilière. Dans le premier cas, il prend le nom de gage, et, dans le second cas, le nom d'*antichrèse*, art. 2072.

---

* *Story*, *Bailments*, § 286. } Having gone through with the subject of gratuitous loans, we next come to the consideration of contracts of bailment, founded in the mutual benefit and interest of the parties. And first, of the contract of pledge, or pawn, for these words seem indifferently used in our law to express the same idea. Sir William Jones defines a pledge to be " a bailment of goods by a debtor to his creditor, to be kept till the debt is discharged." (3)

(1) [Il ne faut pas confondre un tiers qui donne une chose en gage pour le débiteur, avec une caution. D'une part, en effet, ce tiers, à la différence de la caution, ne s'oblige pas personnellement : il n'oblige que sa chose. D'autre part, la chose donnée en gage ne pouvant sortir des mains du créancier qu'autant que le débiteur s'est libéré, V. *inf.*, § 780, il en résulte que le tiers auquel cette chose appartient n'a pas le bénéfice de discussion qui appartient de droit à la caution. V. Troplong, n. 375 et 376]. (Massé et Vergé).

(2) Le nantissement constitue donc toujours une obligation accessoire, bien qu'il puisse être consenti par le même acte que l'obligation principale, Bordeaux, 8 juin 1832, S. V., 32, 2, 655. (Massé et Vergé).

(3) Jones on Bailm. 117 ; Id. 36 ; 1 Dane, Abridg. ch. 17, art. 4. My learned friend, Mr. Chancellor Kent, follows the definition of Sir William Jones. 2 Kent, Comm. Lect. 40, p. 577, 4th ed. See also Halifax's Analysis of the Civil Law, 63. The definitions in the Scottish law do not essen-

Lord Holt defines it thus : " When goods or chattels are delivered to another as a pawn, to be security for money borrowed of him by the bailor ; and this is called in Latin *vadium*, and in English a pawn or pledge." (1) In the Roman law it is properly called *pignus*, and is defined thus : " Pignus appellatum a pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur." (2) And in that law the term was generally applied to mere personal property, or movables. " Unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui." (3) In the Roman law, also, a pawn (*pignus*) was distinguished from an hypothecation (*hypotheca*) in this, that in the former the possession was delivered to the pawnee ; in the latter it was retained by the pawnor. (4) However, the words *pignus* and *hypotheca* seem often to have been confounded ; for it is said, " Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt." (5) Pothier defines a pawn or pledge to be a contract by which a debtor gives to his creditor a thing to detain as security for his debt (*créance*), which the creditor is bound to return when the debt is paid. And he makes the like distinction between a pledge and an hypothecation, as is made in the Roman

tially differ from that commonly given, except, that the Scottish authers generally include in it a power of sale of the pledge, to satisfy the claims of the pledgee. See 2 Bell, Comm. § 701, 4th edit. ; 2 Bell, Comm. p. 20, 5th edit. ; Ersk. Inst. B. 3, tit. 1, § 33 ; 1 Stair, Inst. B. 1, tit. 13, § 11.

(1) Coggs *v.* Bernard, 2 Ld. Raym. 909, 913.

(2) Dig. Lib. 50, tit. 16, l. 238 ; Heinec. Elem. Pand. Lib. 20, tit. 1, § 2 to 5 ; Pothier, de Nantissement, n. 5.

(3) Dig. Lib. 50, tit. 16, l. 238 ; Heinec. Pand. Liv. 20, tit. 1, § 2 to 5 ; Pothier, de Nantissement, n. 5.

(4) Dig. Lib. 13, tit. 7, l. 9, § 2 ; Inst. Lib. 4, tit. 6, § 7 ; Pothier, de Nantissement, Art. Prelim. 1.

(5) Dig. Lib. 20, tit. 1, l. 5, § 1 ; Ayliffe, Pand. B. 4, tit. 18, p. 524 ; Halifax, Analysis of Civ. Law, 63.

law. (1) The foregoing definitions are sufficiently descriptive of the nature of a pawn or pledge. They are, in terms, limited to cases where a thing is given as a mere security for a debt; but a pawn may well be given as security for any other engagement. (2) The definition of Domat is, therefore, more accurate, because it is more comprehensive; namely, that it is an appropriation of the thing given for the security of an engagement. (3) In the common law, it may be defined to be a bailment of personal property, as a security for some debt or engagement. In our language, the term pawn or pledge is ordinarily confined to personal property; (4) and where real or personal property is transferred by a conveyance of the title, as a security, we commonly denominate it a mortgage.

CHAPITRE PREMIER.

DU NANTISSEMENT DES IMMEUBLES

1967. Les immeubles peuvent être donnés en nantissement aux termes et conditions convenus entre les parties. En l'absence de conventions spéciales, les fruits s'imputent d'abord en paiement des intérêts de la dette et ensuite sur le principal. Si la dette ne porte pas inté-

CHAPTER FIRST.

OF THE PLEDGE OF IMMOVEABLES.

1967. Immoveables may be pledged upon such terms and conditions as may be agreed upon between the parties. If no special agreement be made, the fruits are imputed first in payment of interest upon the debt and afterwards upon the principal. If no interest be

(1) Pothier, de Nantissement, Art. Prelim. n. 2; Pothier, Pand. Lib. 13, tit. 7, n. 1. The Code of Louisiana of 1825 defines it thus: The pledge is a contract, by which one debtor gives something to his creditor, as a security for his debt. Art. 3100.

(2) Isaac *v.* Clark, 2 Bulst, 306, &c.; Pothier, de Nantissement, n. 11.

(3) 1 Domat, B. 3, tit. 1, § 1, art. 1.

(4) *Post*, § 290.

rêt, l'imputation se fait en entier sur le principal.

Le nantissement des immeubles est sujet aux règles contenues dans le chapitre qui suit, en autant que ces règles peuvent y être applicables.

payable the imputation is made wholly upon the principal.

The pledge of immoveables is subject to the rules contained in the following chapter, in so far as they can be made to apply.

---

* *ff. De pigneratitia actione*, *Liv.* 13, *Tit.* 7, *L.* 33, *L.* 35 *in pr. et L.* 39. } *L.* 33. Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitia actione uti ad recuperandam ANTICHRÈSIN : nam cùm pignus sit, hoc verbo poterit uti. (MARCIANUS).

L. 35. Cùm est sortis nomine, et usurarum aliquid debetur ab eo qui sub pignoribus pecuniam debet, quidquid ex venditione pignorum recipiatur, primùm usuris quas jam tunc deberi constat, deindè si quid superest, sorti accepto ferendum est. Nec audiendus est debitor, si cùm parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit. (FLORENTINUS).

L. 39. Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit : posteà pactum inter eos factum est, *ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret.* Verùm ante expletum tempus creditor cùm suprema sua ordinaret, testamento cavit, *ut alter ex filiis suis haberet eum fundum :* et addidit, *quem de Lucio Titio emi*, cùm non emisset. Hoc testamentum inter cæteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. Quæro an ex hoc, quod signavit, præjudicium aliquod sibi fecerit, cùm nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum ut creditor certi temporis fructus caperet ? Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur. (MODESTINUS).

Ibidem. } *L.* 33. Si le débiteur a payé, il pourra
Trad. de M. Hulot. } intenter l'action du gage contre son créancier, à l'effet de se faire rendre un gage dont il lui avoit donné la possession et l'usage : car, comme c'est un véritable gage, il n'aura pas besoin d'une action différente de celle-ci. (MARCIEN).

L. 35. Lorsqu'un débiteur doit quelque chose sur le capital et sur les intérêts, le prix provenant de la vente des effets donnés en gage doit être imputé d'abord sur les intérêts qui se trouvent dus, et le restant sur le principal. On ne doit pas admettre un débiteur, qui sait qu'il n'est pas trop solvable, à choisir de quelle obligation il aime mieux que son gage soit déchargé. (FLORENTIN).

L. 39. Gaïus-Séius a donné son fonds en gage à Lucius-Titius, de qui il avoit emprunté une somme. Les parties sont convenues que le créancier percevroit les revenus pendant un certain temps, en compensation de sa créance ; mais, avant l'échéance du terme, le créancier a fait un testament dans lequel il a assigné ce fonds à l'un de ses enfans, en le désignant ainsi : le fonds que j'ai acheté de Gaïus-Séius, quoiqu'il ne l'eût pas réellement acheté. Ce testament a été cacheté, entre autres témoins, par Gaïus-Séius, qui étoit débiteur. On a demandé si Gaïus-Séius devoit souffrir quelque préjudice pour avoir apposé son sceau à ce testament, quoiqu'on ne rapportât aucun acte de vente, mais seulement cette convention, qui permettoit au créancier de percevoir les fruits pendant un certain temps ? Hérennius-Modestinus a répondu que l'obligation du gage ne devoit point souffrir de ce que le débiteur avoit été témoin dans le testament où le créancier a marqué qu'il étoit acquéreur du fonds qu'il avoit simplement reçu en gage. (MODESTIN).

---

* *ff. De pignoribus et hypothecis,* } Si ANTICHRÈSIS, id est, *mu-*
Liv. 20, *Tit.* 1, *L.* 11, § 1. } *tuus pignoris usus pro credito*, facta sit, et in fundum, aut in ædes aliquis inducatur,

eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. Itaque, si amiserit possessionem, solet in factum actione uti. (Marcianus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Si les parties font la convention de l'*antichrèse*, c'est-à-dire, conviennent que les fruits de la chose engagée appartiendront au créancier pour lui tenir lieu des intérêts de l'argent qu'il a prêté, le créancier mettant un fermier dans le fonds ou un locataire dans la maison, en retient par eux la possession à titre de gage jusqu'à ce que son argent lui soit payé ; parce qu'il a droit de percevoir les fruits à la place de l'intérêt de son argent, soit en louant, soit en percevant les fruits lui-même, ou en occupant lui-même la maison. Ainsi, dans le cas où il perdroit sa possession, il auroit contre le nouveau possesseur une action expositive du fait. (Marcien).

---

* *ff. De jure dotium*, *Liv.* 23, *Tit.* 3, *L.* 50. } Quæ fundum in dote habebat, divortio facto, cùm in matrimonium rediret, pacta est cum viro, *uti decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret*, ac datis decem, priusquàm fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit, ut fundus quasi sine causa penes maritum esse cœperit, condicatur.

§ 1. Et hoc evidentius circa actionem pigneratitiam apparebit. Etenim si, cùm fundum Cornelianum pignoris causa tibi tradidissem, posteà ex conventione fundum Titianum in hoc tibi tradiderim, *ut Cornelianum mihi restitueres :* minimè, puto, dubitandum erit, quin statim rectè pigneratitia ad recipiendum Cornelianum agere possim. (Africanus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Une femme avoit donné un fonds en dot, ensuite elle a fait divorce avec son mari ; mais étant depuis retournée avec lui, elle a fait une convention par laquelle son mari s'engageoit à recevoir d'elle dix mille livres en dot, et à lui rendre son fonds ; elle a donné

les dix mille francs, et est morte pendant le mariage, avant que le mari lui eût rendu son fonds. C'est ici une affaire de bonne foi, et la convention demande qu'on puisse se faire rendre le fonds par le mari, qui l'a gardé sans aucun titre depuis qu'il a reçu la somme convenue.

§ 1. Cette décision recevra un plus grand jour, si on l'applique à l'action qui descend de l'obligation du gage. Supposons que je vous eusse donné en gage le fonds Cornélien, et qu'ensuite, par convention, je vous eusse donné le fonds Titien, afin que vous me rendissiez le fonds Cornélien, je pense qu'il est hors de doute que je puis à l'instant intenter contre vous l'action directe du contrat de gage, pour vous forcer à me rendre le fonds Cornélien. (Africain).

---

* *Cod. De pign. act., Liv.* 4, *Tit.* 24, *LL.* 2 *et* 3. } *L.* 2. Creditor, qui prædium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet : et si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneratitia actione obligatur.

PP. 6 idibus decembris, Antonino iv. et Alexandro Coss. 223. (Imp. Alexander).

L 3. Pactum vulgare, quod proposuistis, ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypothecæ data vendere liceret : non adimit debitori adversus creditorem pigneratitiam actionem.

PP. 12 calend. maii, Maximo ii. et Æliano Coss. 224. (Imp. Alexander).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } *L.* 2. Le créancier qui a possédé un héritage à titre de gage, est obligé de diminuer la dette de la valeur des fruits qu'il a perçus ou qu'il aurait dû percevoir ; mais s'il a causé des dommages au champ, il sera encore obligé en vertu de l'action *pigneratitia.*

Fait le 6 des ides de décemb., sous le quatrième cons. d'Antonin, et le premier d'Alexandre. 223. (Emp. Alexandre).

L. 3. Le pacte vulgaire dont vous faites mention, qui porte que, si à une certaine époque on ne vous a pas payé, il vous sera permis de vendre les héritages qui vous ont été donnés en gage ou hypothéqués, ne prive pas le débiteur de l'action *pigneratitia* contre le créancier.

Fait le 12 des cal. de mai, sous le deuxième cons. de Maxime, et le premier d'Elien. 224. (EMP. ALEXANDRE).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Nantiss.*, *n°* 4 *et s.* } 4. Il est de l'essence du contrat de nantissement,—1° qu'il y ait une chose qui en soit l'objet ;—2° qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose, si elle n'est déjà par devers le créancier à qui elle est donnée en nantissement ;—3° qu'elle lui soit donnée afin qu'il la détienne pour sûreté de sa créance.

5. Ce sont les meubles corporels qui sont ordinairement l'objet du contrat de nantissement. C'est pourquoi Gaïus dit : *Pignus appellatum à pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur, undè etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus proprié rei mobilis constitui* ; L. 238, § 2, ff. *de V. S.* Néanmoins les héritages peuvent être aussi l'objet de ce contrat ; L. 34 ; L. 39, ff. *de Pig. act.*, L. 2 ; L. 3, Cod. *eod. tit.* ; L. 50, § 1, ff. *de Jur. dot*, *et passim.* C'est ce qui arrive lorsqu'on met un créancier en possession d'un héritage, pour qu'il en perçoive les fruits en déduction de ses créances jusqu'au parfait paiement, dont il doit rendre compte à celui qui le lui a donné en nantissement. Ce nantissement procure au créancier la facilité de se payer par ses mains sans frias, sans être obligé d'en venir à des saisies de l'héritage ou des fruits, qui sont des voies très coûteuses (1).

6. On peut donner en nantissement de l'argent comptant : on trouve un exemple de cette espèce de nantissement dans des statuts de bibliothèques publiques, qui permettent aux bibliothécaires des prêter des livres à des étudiants, à la charge qu'ils remettront au bibliothécaire une somme de

(1) *V.* art. 2085, C. civ. (BUGNET.)

deniers du double de la valeur des livres en nantissement, et pour sûreté de la restitution des livres prêtés.

A l'égard des choses incorporelles, telles que sont des dettes actives, elles ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat (1) : *Incor-*

(1) Cela est conforme aux principes du droit romain. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats réels, qui se forment par la tradition réelle de la chose qui en fait l'objet. Il est de la substance de ce contrat, que la chose donnée en nantissement soit remise entre les mains du créancier à qui elle est donnée en nantissement. C'est ce qui a fait donner le nom de *pignus* aux choses données en nantissement : *Pignus appellatum* à pugno, *quia res quæ pignori dantur, manu tradun-tur ;* L. 238, § 2, ff. *de Verb. sign.* Les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, n'étant pas susceptibles de la tradition réelle, *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* ; (L. 43, § 1, ff. *de Acq. rer. dom.*), c'est une conséquence qu'elles ne peuvent être susceptibles du contrat de nantissement.

En vain, pour soutenir que les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, sont susceptibles du contrat de nantissement, opposerait-on la loi 9, § 1, ff. *de Pign. et hypoth. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* Car, quoique ces termes, *pignus, pignoratio,* se disent *propriè et strictè* de l'espèce de gage qui se contracte par le contrat de nantissement, ils se prennent aussi communément, *lato sensu,* pour des termes généraux qui comprennent l'une et l'autre espèce de gage, tant celle qui se contracte, *jure civili,* par le contrat de nantissement, que celle qui se contracte *jure prætorio,* par la simple convention, sans tradition. C'est en ce sens qu'est pris ce terme *pignus* par Ulpien, lorsqu'il dit : *Pignus contrahitur non solâ traditione, sed etiam nudâ conventione, etsi traditum non est ;* L. 1, ff. *de Pign. act.* C'est aussi en ce sens général que le terme *pignorationem* est pris dans la loi opposée. On ne doit donc pas conclure de cette loi que les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, *quæ emptionem venditionemque recipiunt,* fussent susceptibles du contrat de nantissement ; on doit inférer seulement qu'elles étaient, par le droit romain, susceptibles de l'espèce de gage qui se formait, *jure prætorio,* par une simple convention.

Néanmoins j'ai appris, depuis l'impression de mon *Traité,* qu'on avait introduit dans notre jurisprudence française une espèce de nantissement

porales res traditionem non recipere manifestum est (1) ; L. 43, § 1, ff. *de Acq. rer. dom.*

Il est évident que les choses qui sont hors de commerce ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, comme elles ne le sont pas des autres contrats.

7. Mais il n'est pas nécessaire, pour la validité du contrat de nantissement, que la chose appartienne au débiteur qui l'a donnée en nantissement, ni même que le propriétaire de cette chose ait consenti au contrat.

Il est bien vrai que cette chose ne peut pas, sans le consentement du propriétaire à qui elle appartient, être obligée au créancier à qui elle est donnée en nantissement ; et que le

de dettes actives, qui se fait de cette manière : " Le propriétaire des dettes actives qu'on veut donner en nantissement, en fait, par acte devant notaires, transport à titre de nantissement au créancier à qui on les veut donner en nantissement, et lui remet en main les titres desdites dettes actives, qui consistent en billets ou brevets d'obligation. Ce transport est ensuite signifié aux débiteurs desdites dettes actives." Cette espèce de nantissement de dettes actives a été autorisée par un arrêt de la Cour des Aides, du 18 mars 1769, au profit du marquis de Girardin, contre les directeurs des créanciers du sieur Roussel, fermier général. Ledit sieur Roussel, débiteur envers le marquis de Girardin d'une somme de quatre cent mille livres, lui avait donné en nantissement, dans la forme telle que nous venons de l'exposer, une créance de trois cent dix mille livres qu'il avait sur les fermes générales, pour avances par lui faites, contenue en quatre récéissés du receveur des fermes. La Cour a jugé valable ce nantissement, et a accordé au marquis de Girardin le même privilége sur cette créance de trois cent dix mille livres dont on l'avait nanti, que celui que des créanciers à qui on aurait donné en nantissement une chose corporelle, auraient sur cette chose.

C'est à M. Collet, avocat au Palement, que je suis redevable de cette observation. Il a eu la bonté de me faire part de l'arrêt rendu au profit du marquis de Girardin, dont il avait été le défenseur. Je n'ai pu, faute de savoir son adresse, lui en faire par lettre mes remerciments ; je les lui fais ici publiquement. (*Note de l'édition de* 1766) (BUGNET.)

(1) *V.* art. 2073 à 2075, C. civ., qui consacrent le nantissement des créances. (BUGNET.)

propriétaire peut la réclamer entre les mains du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, et le faire condamner à la lui rendre (1), quoiqu'il n'ait pas été payé de sa dette. Mais quoique la chose, en ce cas, ne soit pas obligée au créancier par le contrat de nantissement, quoiqu'il n'acquière pas dans cette chose *jus pignoris*, celui qui la lui a donnée en nantissement, n'ayant pu lui donner un droit dans une chose dans laquelle il n'en avait lui-même aucun, le contrat de nantissement ne laisse pas d'être valable comme contrat de nantissement, et de produire entre les parties contractantes les obligations réciproques qui naissent des contrats de nantissement.

C'est pourquoi Ulpien dit : *Is quoque qui rem alienam pignori dedit, solutâ pecuniâ potest pignoratitiâ experiri ;* L. 9, § 4, ff. *de Pign. act.* Et ailleurs : *Si prædo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratitia actio* ; L. 22, § 2, ff. *Eod. Tit.*

8. Il est de l'essence du contrat de nantissement que le créancier soit mis en possession réelle de la chose qui lui est donnée en nantissement (2).

C'est pourquoi il est de l'essence de ce contrat qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose ; à moins qu'elle ne se trouvât déjà par devers le créancier à un autre titre, *putà*, de prêt ou de dépôt : en ce cas, étant impossible de faire à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a déjà par devers lui, le contrat de nantissement se fait en convenant que la chose que le créancier a déjà par devers lui à titre de prêt ou de dépôt, lui demeure dorénavant à titre de nantissement. Cette convention renferme, selon les docteurs, une espèce de tradition qu'ils appellent *brevis manus*, par laquelle on feint que le créancier a rendu la chose qu'il tenait à titre de prêt ou de dépôt,et qu'il l'a incontinent reçue de nouveau à titre de nantissement.

(1) Pourquoi le créancier, s'il était de bonne foi, ne se prévaudrait-il pas de la règle " en fait de meubles, possession vaut titre ? " (Bugnet.)

(2) Et *qu'il y soit resté. V.* art. 2076, C. civ. (Bugnet.)

Hors ce cas, le contrat de nantissement ne peut se faire absolument sans une tradition réelle de la chose qui est donnée en nantissement.

9. Il est vrai que je puis convenir avec mon créancier que je lui donnerai des gages, et que cette convention est valable et obligatoire par le seul consentement : mais cette convention n'est pas le contrat de nantissement ; elle le précède, et en est différente, comme la promesse de vendre est différente du contrat de vente ; *Traité du Contrat de vente*, part. 5.

10. Cette fin est de l'essence du contrat de nantissement ; c'est elle qui le caractérise, et le différencie des autres contrats réels.

Dans le contrat de prêt, la chose est donnée pour que celui à qui elle est donnée en fasse un certain usage : elle est donnée, dans le contrat de dépôt, pour que celui à qui elle est donnée rende à celui qui la lui a donnée en dépôt, le bon office de la lui garder : dans le contrat de nantissement elle est donnée pour que celui à qui elle est donnée, la détienne pour sûreté de sa créance. Ce sont ces différentes fins qui caractérisent ces différents contrats.

11. Il n'importe quelle soit la créance pour sûreté de laquelle la chose soit donnée en nantissement.

De même qu'on peut donner des cautions pour toutes sortes d'obligations, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, on peut aussi donner des gages pour toutes sortes d'obligations.

12. Il suffit même, pour que le contrat de nantissement subsiste, que la chose ait été donnée à quelqu'un afin qu'il la détienne pour sûreté d'une créance qu'on se proposait de contracter envers lui, quoiqu'elle n'ait pas été contractée ; ou d'une créance qu'on croyait exister, et qui n'existait pas.

Il est vrai qu'il ne peut y avoir de gage sans une créance à laquelle le gage accède : mais dans ce cas, quoique la chose qui a été donnée en nantissement ne devienne pas obligée à celui à qui elle a été donnée en nantissement, faute de créance à laquelle cette chose puisse être obligée ; néan-

moins le contrat par lequel elle a été donnée en nantissement, ne laisse pas d'être valable comme contrat de nantissement, et de produire entre les parties contractantes les actions qui naissent des contrats de nantissement. C'est ce que nous apprend Ulpien : *Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pignoratitiâ actione tenebor, et nullâ solutione factâ ;* L. 11, § 2, ff. *de Pign. act.*

Troplong, Nantissem., nº 497 et nº 511 et s. } 497. L'antichrèse est très bien caractérisée par Marcianus. Le débiteur donne au créancier la jouissance d'un immeuble ; celui-ci en perçoit les fruits au lieu des intérêts, et retient la possession *loco pignoris*, jusqu'à ce que ce qui lui est dû lui soit payé. Le propre de l'antichrèse c'est la compensation des fruits et des intérêts. Telle est sa loi. Quand on stipulait que les fruits seraient perçus en extinction du capital, ce n'était pas le contrat d'antichrèse, c'était le *pignus* ordinaire. Voët a donné de l'antichrèse une description très bonne à rappeler : " Præcipuè probatum in pignoribus pactum antichreseos, " quo id agitur, ut creditor utatur pignore vicem in usura- " rum, donec debitum solutum fuerit, sive ipse ædes inhabi- " tando, fundosve colendo, percipere fructum, aut utilitatem " velit, sive aliis elocare."

Quelquefois, du reste, le mot antichrèse se prend pour la chose engagée, quelquefois pour la convention par laquelle la chose est engagée.

511. On voit le caractère de l'ancienne jurisprudence. Partout où le prêt à intérêt était défendu, l'antichrèse l'était aussi ; et, bien qu'on mît à sa place la simulation trompeuse d'un contrat pignoratif, les arrêts écartaient avec rigueur tout ce qui était de nature à favoriser la violation des lois canoniques. Au contraire, là où le prêt à intérêt était toléré, l'antichrèse l'était aussi, et, à moins de fraude prouvée, on ne mettait pas obstacle à la vente à réméré avec relocation.

[ARTICLE 1967.]

512. L'antichrèse n'existait pas dans le projet du Code civil. Ce ne pouvait être qu'un oubli. Car le prêt à intérêt ayant été autorisé depuis 1789, pour quelle raison l'antichrèse n'aurait-elle pas été permise ? La plupart des tribunaux la réclamèrent, et leur vœu fut accompli. Tout ce qui tend à faciliter les conventions, à multiplier et assurer les moyens de libération, est utile à la société, et sert tout à la fois les créanciers et les débiteurs. Sous ce rapport, l'antichrèse méritait de figurer dans le Code civil. Elle est aussi licite que le gage lui-même.

513. Notre article définit l'antichrèse un contrat qui fait acquérir au créancier la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. Cette définition nous signale tout d'abord l'antichrèse comme ayant des effets bien moins énergiques que le gage. Le nantissement ne repose pas dans la chose même ; il n'a de prise que sur les fruits. Nous verrons bientôt les conséquences de cette situation.

Ce contrat suppose une mise en possession de la chose. Et comme cette mise en possession a pour but de procurer au créancier la jouissance des fruits, les Italiens l'ont appelé *contractus ad gaudendum*, qualification qu'il mérite encore. Seulement, il faut s'entendre sur la nature de cette jouissance. Nous en préciserons plus bas les caractères. Quant à présent, nous ferons remarquer que la définition de l'article 2085 nous montre l'antichrèse sous un jour un peu différent du droit romain. En droit romain, la fin caractéristique de l'antichrèse, c'était la compensation, jusqu'à due concurrence, des intérêts et des fruits. Toutes les fois que la créance ne produisait pas d'intérêts, et que l'immeuble engagé produisait des fruits qui étaient perçus par le créancier en extinction du capital, c'était un contrat de nantissement d'immeuble, qui n'avait pas de nom particulier, une sorte de *pignus*.

Aujourd'hui il en est autrement : l'antichrèse a pris de l'extension ; elle comprend non-seulement le cas où il y a

compensation des intérêts avec les fruits, mais aussi le cas où les fruits éteignent le capital.

---

* 4 *Championnière (Rigaud), Droits d'enregist., nº* 3120. } ....La première espèce d'engagement est la convention par laquelle un débiteur met son créancier en jouissance d'un immeuble pour se payer du capital de sa dette. Ce contrat est indiqué, sans dénomination particulière, dans la loi 39, ff. *de pignor. act.*, où on lit : *Pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ, certo tempore possideret.* Cette cession de jouissance, *in solutum* de la créance, était anciennement fort en usage par toute la France et notamment en Bretagne.

Elle porte le nom de *vif-gaige* dans l'ancien Coutumier de Normandie, chap. III, " l'on appelle vif-gaige qui s'acquitte " des issues...... ou quand terme est baillé jusqu'à tant que " les deniers qui sont prêtés soient traits des issues de la " terre."

CHAPITRE DEUXIÈME.

DU GAGE.

1968. Le nantissement d'une chose mobilière prend le nom de *gage*.

CHAPTER SECOND.

OF PAWNING.

1968. The pledging of moveable property is called pawning.

Voy. autorités sur arts. 1966-7.

---

* 14 *Pand. frs., p.* 389 *et s.* } Le gage est, comme l'hypothèque, une obligation accessoire à une principale ; et l'hypothèque est une espèce de gage. Celui-ci est, en quelque façon, une hypothèque. C'est la seule dont les meubles

soient susceptibles chez nous. Chez les Romains, ils pouvaient recevoir l'impression d'une véritable hypothèque. Il y en a un grand nombre d'exemples dans le Droit. Dans notre Législation, ils sont susceptibles de privilége tant qu'ils sont dans les mains du débiteur ; mais le créancier ne peut pas les suivre au-delà, à moins qu'il ne les ait réclamés dans un très-court délai, dans les cas où cette réclamation lui est permise. En général notre Législation a consacré la maxime, *meubles n'ont pas de suite par hypothèque.*

On peut définir le gage, un droit accordé au créancier sur une chose, en vertu duquel il lui est permis de la posséder pour sûreté de la dette, et de la vendre pour s'en procurer le paiement.

On donne le nom de gage au contrat qui contient cette convention. On le donne aussi à la chose affectée à la sûreté de la créance.

Cette définition convenait, suivant le Droit Romain, à l'hypothèque comme au gage d'un meuble. Le mot *hypothèque* devint en usage lorsque le Préteur eut admis que le gage pourrait avoir lieu pour les immeubles comme pour les meubles. Alors on appella hypothèque le droit qui était accordé au créancier pour sûreté de sa créance sur une chose quelconque, soit meuble, soit immeuble, qui ne lui était pas livrée ; et gage, *pignus*, celui qui lui était attribué sur une chose mise en sa possession.

Il y avait trois sortes de gages. Le Prétorien, qui était celui donné par le magistrat pour quelque cause que ce fût ; le judiciaire, qui était pris par ceux qui étaient chargés de l'exécution de la sentence ; et le conventionnel, qui résultait du pacte fait entre les parties qui l'établissaient.

Suivant l'ancien droit, il y en avait une quatrième espèce que l'on appelait *testamentaire.* Il était constitué par le testateur sur quelqu'un des effets de sa succession, à celui à qui il faisait un legs, pour en assurer le paiement. Elle fut abolie par la constitution de Justinien, qui attribua l'hypothèque à tous les legs et fidéicommis.

[ARTICLE 1968.]

On pouvait, suivant les Lois Romaines, contracter le gage, non-seulement par la tradition, c'est-à-dire, en mettant la chose donnée en gage en la possession du créancier, mais aussi sans tradition par le seul consentement, en convenant que telle chose demeurerait engagée à la dette, sans la livrer.

Cette seconde manière était proprement ce que l'on appelait *hypothèque.*

Il y avait une troisième manière de contracter le gage que l'on appelait *fiduciaire*, PER FIDUCIA. Le débiteur vendait la chose engagée au créancier avec les formalités de la mancipation, *mancipabatur*, sous la condition qu'après l'acquittement de la dette, il la lui revendrait avec les mêmes formalités.

Chez nous le gage ne peut se contracter que par la tradition réelle.

Il suivait des principes du Droit Romain que le gage pouvait se contracter entre absens, et de toutes les manières, même verbalement.

Chez nous ce contrat est soumis aux mêmes règles que toutes les autres obligations. Il ne peut être prouvé que par écrit, dès que la somme qui en est l'objet, excède celle de cent cinquante francs.

Il résultait des mêmes principes, que le gage demeurait affecté à la dette, quoique le débiteur eût délivré au créancier une chose différente de celle qui avait été convenue. Si, par exemple, il avait été dit que le gage existerait sur un effet d'or, et que le débiteur eût donné un meuble de cuivre, le créancier couservait son droit sur celui d'or.

Chez nous le droit de gage ne peut exister que sur la chose remise à ce titre au créancier ; et si le débiteur a donné sciemment un effet de cuivre au lieu de celui annoncé comme étant d'or ou d'argent, il y a escroquerie.

Toute espèce d'obligation licite, permise et autorisée par le Droit, peut être assurée par celle accessoire du gage.

Si l'obligation principale est conditionnelle celle du gage se confirme ou s'anéantit avec elle.

Si cette obligation principale est nulle, celle du gage l'est également.

Le contrat de gage ajouté à une obligation purement naturelle, ne devient valable que dans les cas où celle-ci est confirmée et devient exécutoire.

On peut donner un gage, non-seulement pour une obligation qui consiste en argent, mais encore pour celle qui a tout autre objet ; par exemple, un cautionnement. Rien n'empêche que je ne donne un gage à quelqu'un pour qu'il se rende ma caution envers un tiers.

Enfin, on peut donner un gage, non-seulement pour son obligation personnelle, mais encore pour celle d'un autre.

Le débiteur peut donner pour gage tout ce qui lui appartient.

Mais observez que le mot *appartient* a ici un sens étendu. On entend qu'une chose nous appartient quand nous avons droit d'en jouir. On le dit même des choses que nous ne possédons point encore, mais qui nous sont dues, et que nous pouvons nous procurer par une action, quoique nous n'ayions pas actuellement la véritable propriété des unes ni des autres.

Ainsi, on peut donner ces choses en gages ; mais à l'égard de celles dont nous n'avons qu'une propriété chargée ou résoluble, on ne peut attribuer au créancier par le gage, qu'un droit semblable.

Quant aux choses qui nous appartiennent seulement par le droit que nous y avons, mais que nous ne possédons point encore, il est évident que, dans notre Droit, suivant lequel le gage ne peut se former que par la tradition réelle, on ne peut pas les donner en gage. Suivant le Droit Romain, au contraire, on pouvait convenir que ces choses demeureraient grévées du droit de gage quand le débiteur en aurait acquis la possession.

Ceux même qui n'ont que l'administration de certains biens peuvent les donner en gage. Ainsi, un administrateur des biens d'une ville, un tuteur, peuvent engager les biens

de la ville ou du pupille confiés à leur administration ; pourvu, néanmoins, que ce soit pour les affaires même de la ville ou du pupille.

Un mandataire ne peut pas engager les choses qui appartiennent au mandant sans son consentement.

C'est au tems où le contrat de gage a été formé, que l'on examine si la chose donnée en gage appartenait ou non au débiteur ou à celui qui l'a donnée à ce titre.

On pouvait, suivant le Droit Romain, convenir qu'une chose étrangère demeurerait obligée à titre de gage, dans le cas où elle viendrait par la suite à appartenir au débiteur : mais quand on contractait purement et simplement, le gage devait appartenir au débiteur au tems du contrat.

On ne peut pas donner en gâge une chose que l'on sait être entièrement étrangère. S'il s'agit d'un immeuble, il y a stellionat. S'il est question d'un meuble, il y a escroquerie. Ainsi, un associé ne peut, pour ses propres affaires, engager la chose commune que pour sa part.

On peut, comme cela est évident, donner en gage la chose d'autrui, quand le propriétaire y consent.

Il n'est pas nécessaire que sa volonté soit expresse. Le consentement tacite suffit. Ce consentement tacite résulte des circonstances : comme si vous avez envoyé vous-même chez mon créancier la chose que j'ai promis de donner en gage.

Si, lors du contrat, je n'avais pas la propriété du gage, et que depuis je l'aie acquise en vertu d'une cause existante au tems de la convention, ma propriété a un effet rétroactif à cette époque, et le gage est valable.

Et même, quoiqu'au moment du contrat, je n'eusse aucun droit au gage, si depuis j'en deviens propriétaire, et que je le revendique sous prétexte de la nullité de la convention dans son origine, mon créancier peut repousser mon action par l'exception de dol.

En serait-il de même si je devenais héritier de celui qui

aurait donné ma chose en gage ; ou bien aurais-je le droit de la revendiquer ?

Le jurisconsulte Paul décide que je ne serais pas obligé, et que je pourrais réclamer la chose engagée. Modestinus décide le contraire.

Voilà une antinomie parfaite entre deux Lois conservées dans le digeste.

On la fait disparaître par une distinction entre les époques où ces deux jurisconsultes ont écrit. Il paraît que du tems de Paul il n'était pas encore reçu que l'héritier serait obligé, dans ce cas ; que cette règle n'a été admise que dans la suite.

Au reste, il ne peut plus être douteux que dans l'espèce proposée, je suis tenu du gage comme de l'obligation principale en ma qualité d'héritier du créancier.

Il n'en serait pas de même si je renonçais à sa succession. Je pourrais, sans difficulté, revendiquer ma chose donnée en gage.

1969. Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilège et préférence aux autres créanciers.

1969. The pawn of a thing gives to the creditor a right to be paid from it by privilege and preference before other creditors.

---

* *C. N.* 2073. } Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Nantiss.*, *n°* 21 *et s.* } 21. Le créancier à qui une chose a été donnée en nautissement par celui qui avait le droit d'en disposer, acquiert dans cette chose un droit de gage, *jus pignoris*.

Ce droit renferme en premier lieu celui de détenir la chose par devers lui pour sûreté de sa créance.

De là il suit que, si le débiteur emportait à l'insu et contre le gré de son créancier, la chose qu'il lui a donnée en nantissement, il commettrait un vol; non pas à la vérité un vol de la chose même ; car on ne peut pas être voleur de sa propre chose ; *Rei nostræ furtum facere non possumus* Paul, sent. 11, 32, 20) ; mais il commettrait un vol de la possession de cette chose ; laquelle possession appartient au créancier ; le débiteur, par le contrat de nantissement, s'en étant dépouillé, et l'ayant transférée au créancier. C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur* L. 19, § 5, ff. *de Furt.*

22. Observez que le créancier n'acquiert que le droit de détenir la chose. Le débiteur qui l'a donnée en nantissement, en conserve la propriété : *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem ;* L. 35 § 1, ff. *de Pign. act.*

23. Le créancier à qui la chose a été donnée en nantissement, n'a que le droit de la détenir : il n'a pas le droit de s'en servir, ni lorsque la chose est frugifère d'en appliquer à son profit les fruits ; mais il les doit percevoir en paiement et déduction de sa créance, et il en doit compter au débiteur, comme nous le verrons *infrà*, art. 2.

24. Le droit qu'acquiert le créancier dans la chose qui lui est donnée en nantissement, en renferme un second celui de la faire vendre, pour se payer, sur le prix, de ce qui lui est dû.

Il faut pour cela qu'il obtienne sentence contre le débiteur, qui ordonne que, faute par le débiteur de payer, le créancier pourra faire vendre les effets donnés en nantissement.

25. Cette vente doit se faire par un huissier, au lieu accoutumé où se font les ventes judiciaires ; et l'on y doit observer, si ce sont des meubles, les formalités requises par l'ordonnance de 1667, pour la vente des meubles saisis. Lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés en nantissement,

il faut les vendre avec les formalités requises pour les saisies réelles. Le juge néanmoins, lorsque l'héritage n'est pas de grande valeur, peut permettre qu'il sera vendu sur une affiche et trois publications.

26. Enfin le droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui ont été données en nantissement, est que, lorsqu'il les fait vendre, il est préféré sur le prix à tous les autres créanciers du débiteur qui les lui a données en nantissement.

Cela a lieu lorsque les choses qui ont été données en nantissement, sont des meubles, ces choses, ou n'étant pas susceptibles d'hypothèque, ou du moins, dans les provinces où elles en sont susceptibles, n'ayant pas de suite par hypothèque, lorsqu'elles ne sont pas en la possession du débiteur.

Lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés en nantissement, le créancier à qui ils ont été donnés en nantissement, ne peut y avoir de droit au préjudice des hypothèques des autres créanciers. C'est pourquoi, lorsqu'ils sont vendus, il ne peut être colloqué dans l'ordre, que selon la date de son hypothèque.

Observez encore que, pour que le créancier qui a reçu des meubles en nantissement, jouisse du privilége que le nantissement donne sur les autres créanciers, il faut surtout, en cas de faillite, qu'il se soit conformé aux dispositions de l'ordonnance de 1673, tit. 6, art. 8 et 9. Voyez *suprà*, n. 17.

27. Il nous reste à observer, que pour qu'un créancier puisse acquérir un droit de gage sur les choses qui lui ont été données en nantissement, il faut qu'elles lui aient été données par celui à qui elles appartiennent, ou de son consentement.

Il est évident que, si le débiteur n'a aucun droit dans les choses qu'il donne en nantissement, il ne peut, en les donnant en nantissement, transfèrer aucun droit de *gage* dans ces choses au créancier à qui il les donne en nantissement, suivant cet axiome *Nemo potest plus juris in alium transferre quàm ipse haberet*. L. 54, ff. *de Reg. jur.* Le créancier qui les a reçues en nantissement, sera donc sujet à en être évincé

par le propriétaire de ces choses, qui n'a pas consenti au nantissement.

Mais quoique le créancier n'ait acquis aucun droit de gage tant que le propriétaire ne les réclame pas, le débiteur ne peut pas les répéter avant que la dette ait été entièrement acquittée : il ne serait pas recevable à alléguer pour cela que le créancier n'a aucun droit de gage dans la chose qu'il lui a donnée en nantissement, n'ayant pu par lui-même lui transférer aucun droit de gage dans cette chose ; car il n'est pas recevable à dire qu'il n'est pas propriétaire, après s'être porté pour tel, en donnant la chose en nantissement ; et tant que le véritable propriétaire ne se présente pas, c'est de sa part exciper du droit d'autrui.

28. Il y a plus : quand même ce débiteur qui a donné en nantissement une chose qui ne lui appartient pas, serait devenu depuis héritier de celui qui en était le propriétaire, il ne serait pas recevable à intenter, en sa qualité d'héritier, l'action en revendication qu'aurait pu intenter le défunt contre le créancier qui la détient à titre de nantissement ; car l'obligation que contracte celui qui donne une chose en nantissement, " de défendre le créancier à qui il la donne, de tous troubles en la possession de cette chose " (comme nous le verrons au chapitre suivant), donne, en ce cas, au créancier une exception contre cette action.

---

* 5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*) *Nantissement*, § 778, *et s.* } § 778. Le gage (1) est une chose mobilière, corporelle ou incorporelle (2), que le débiteur ou un tiers remet au créancier pour que celui-ci se fasse payer sur cette chose de préférence aux autres créanciers du débiteur pour le cas où celui-ci ne payerait pas lui-même, art. 2073.

(1) [Cette expression s'applique ici, de même que d'ailleurs cela a souvent lieu dans l'usage, non au contrat même de nantissement ou de gage, mais à la chose qui est donnée en nantissement.] (Massé et Vergé).

(2) [Telle qu'une créance.] (Massé et Vergé).

[ARTICLE 1969.]

Il est donc de l'essence du contrat de gage qu'il y ait, outre le consentement (1) des parties, la tradition d'une chose (2), avec l'intention de donner au créancier un privilège sur cette chose (3).

(1) [Ce contrat ne peut donc intervenir qu'entre parties capables de contracter et par conséquent de consentir. V. le paragraphe suivant, note 1.] (Massé et Vergé).

(2) [Le contrat de gage est donc un contrat réel, puisque, tant qu'il n'y a pas eu tradition, le créancier n'a pas sur la chose les droits qui résultent de ce contrat et dont il ne peut se trouver investi que par la possession même de la chose donnée en gage, les meubles n'ayant pas de suite par hypothèque ou autrement, Troplong, n. 25 ; Massé, 6, n. 439,] Duranton, 18, n. 531. (Massé et Vergé).

(3) Il y a des règles spéciales pour le gage en matière commerciale, art. 2084 ; Com., art 93. 196, 536 et s.; et pour les prêts sur gage faits par les monts-de-piété.—[La question de savoir si le gage commercial est soumis aux règles du Code Napoléon est fort controversée. Il n'y a aucun doute dans les cas particuliers où la loi commerciale déroge d'une manière expresse à la loi civile : la question ne peut naître que dans les cas où la loi commerciale est muette. Selon les uns, même dans ce cas, les règles spéciales du droit civil sont inapplicables au gage, notamment en ce qui touche la preuve du contrat et la nécessité d'un acte écrit, V. le paragraphe suivant : et le contrat reste sous l'empire des règles générales ou des usages commerciaux, V. Metz, 5 fév. 1820 ; Rouen, 9 juin 1826 ; Rennes, 29 déc. 1849, S. V., 51, 2, 155 ; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 399 ; Troplong, *Du nantissement*, n. 120. Mais selon les autres, dont l'opinion doit être suivie, le gage commercial est régi par le Code civil, dans tous les cas où la loi commerciale n'a pas remplacé les règles du droit civil, qui constituent le droit commun en toute matière, par des règles spéciales et dérogatoires. V. Douai, 18 avr. 1837, S. V., 39, 2, 68 ; Paris, 21 juin 1842, S. V., 43, 2, 113 ; Douai, 10 fév. 1843, et 29 mars 1843, S. V., 43, 2, 198 et 341 ; Lyon, 27 août 1849, S. V., 49, 2, 357 ; Pardessus, n. 1203 ; Duranton, 18, n. 523 ; Devilleneuve, obs. sur un arrêt de Cass., du 17 mai 1847, S. V. 47, 1, 401 ; Massé, 6, n. 451 et s.— Les monts-de-piété sont les seules maisons publiques de prêts sur gage autorisées par la loi. Décret du 24 mess. an XII ; L. 24 juin 1851 ; il est défendu d'en établir sans l'autorisation du gouvernement, Pén., art. 411. Mais il est bien évident que cette prohibition ne s'étend pas aux prêts sur gage ou nantissement que chacun peut faire pour le besoin de ses

[ARTICLE 1969.]

§ 779. Les conditions de validité du contrat de gage sont, en général, les mêmes que celles du contrat de constitution d'hypothèque (1) V. *inf.*, § 799.

Toutefois le gage, en ce qui concerne les rapports du débi-

affaires ou de son commerce ; autrement la plupart des dispositions du Code sur le contrat de gage deviendraient sans objet, Troplong, n. 492.] (Massé et Vergé).

(1) [Bien que le gage n'emporte pas l'aliénation actuelle de la chose, cependant, comme il y conduit, on doit en conclure que, pour pouvoir donner une chose en gage, il faut être capable de l'aliéner. Troplong n. 85 ; Massé, 6, n. 441. De même il faut être capable de contracter pour pouvoir recevoir une chose en gage, parce que, bien que le gage soit constitué dans l'intérêt principal du créancier, il impose en même temps à ce dernier des obligations plus ou moins onérenses que les personnes capables peuvent seules assumer, Troplong, n. 87 ; Massé, 6, n. 442.—Les choses données en gage étant destinées à être vendues, il en résulte que l'on ne peut donner en gage que les choses corporelles ou incorporelles, qui peuvent être vendues ou, en d'autres termes, qui sont dans le commerce. Cependant une chose insaisissable, telle qu'une rente sur l'Etat, n'en est pas moins susceptible de faire l'objet d'un nantissement valable, parce que le debiteur, en donnant cette rente en gage, autorise par cela même le créancier à la faire vendre à défaut de payement de la créance, Paris, 13 janv. 1854, S. V., 54, 2, 209.—Lors même qu'une chose est dans le commerce, on ne peut la donner en gage qu'autant qu'on a le droit d'en disposer. Cependant il ne faudrait pas conclure de là d'une manière générale à la nullité du gage de la chose d'autrui. Sans doute, lorsque le créancier gagiste sait que la chose qui lui est remise en gage n'est pas la propriété de son débiteur, à qui le véritable propriétaire n'a pas donné le droit d'en disposer, la chose n'est nullement affectée par le gage auquel elle a servi, et celui l'a donnée en gage peut en demander la restitution, de même que le véritable popriétaire peut la revendiquer. Mais si le créancier est de bonne foi, il est fondé à retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé, d'une part, parce que le débiteur qui a donné la chose en gage ne peut se prévaloir contre le gagiste ni de sa propre faute ni de son dol ; et, d'autre part, parce que le véritable propriétaire serait repoussé dans son action en revendication par la présomption de propriété résultant, en faveur du débiteur, de la règle qu'en fait de meuble la possession vaut titre. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'une chose qui aurait été perdue ou volée : le véritable propriétaire pourrait alors la revendiquer entre les mains du créancier gagiste, à moins que le débi-

teur et du créancier, n'est subordonné à l'observation d'aucune forme extérieure (1) Mais ce contrat ne confère un privilége (2) au créancier gagiste que sous les conditions particulières suivantes (3). V. art. 2102, alin. 2.

1° Si la créance ou la valeur de la chose engagée dépasse 150 fr. (4), le contrat doit être constaté par un acte authen-

teur qui l'a donnée en gage ne l'eût achetée dans une des circonstances prévues par l'art. 2280. V Troplong, n. 61 et s., et Massé, 6, n. 444 et 445.] (Massé et Vergé).

(1) Duranton, 18, n. 512. [V, *inf.* note 5 et s.] (Massé et Vergé).

(2) Sans préjudice du droit des autres créanciers de faire saisir le gage, en tant que sa valeur excède le montant de la dette pour lequel il a été donné en nantissement, Cass., 31 juill. 1832, S. V., 32, 1, 490. [V. le paragraphe suivant.] (Massé et Vergé).

(3) [Le gage ou nantissement produit un double effet : l'un, relativement au débiteur qui ne peut reprendre la chose qu'il a donnée en gage avant d'avoir désintéressé le créancier ; l'autre, relativement aux tiers qui ne peuvent exercer aucun droit sur la chose donnée en gage que lorsque le gagiste a été payé ou a prélevé sur le prix de cette chose le montant de ce qui lui est dû. Il faut donc distinguer dans les conditions constitutives du gage celles qui regardent le débiteur et celles qui regardent les tiers. Les conditions qui suffisent pour la constitution et la preuve du gage entre les parties contractantes peuvent ne pas suffire pour sa constitution et sa preuve à l'égard des tiers, c'est-à-dire pour que le créancier gagiste ait sur le gage un privilège opposable aux tiers. Ainsi, s'il ne s'agit que de l'intérêt du débiteur et du créancier, le gage s'établit et se prouve dans les termes du droit commun dont rien ne force de sortir, quand l'intérêt des tiers n'est pas en jeu. Au contraire, si le débat s'élève entre le créancier gagiste qui réclame un privilége et les tiers auxquels ce privilége est opposé, le gage ne peut s'établir et se prouver que dans les formes déterminées par les art. 2074 et s., qui ont pour but de sauvegarder l'intérêt des tiers et d'empêcher la fraude et la collusion, Troplong, n. 109 et 115 Massé, 6, n. 438 et s.; Cass., 13 juill. 1824; Bordeaux, 8 juin 1832, S. V., 32, 2, 655, et 31 mai 1836, S. V., 36 1, 857.] (Massé et Vergé).

(4) Donc, en matière dont la valeur est de 150 francs ou au-dessus, le gage vaut même contre les créanciers, sans aucune formalité extérieure, sauf l'application des règles relatives à la preuve. (Massé et Vergé).

tique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré (1).

2° Cet acte doit indiquer le montant de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été constitué (2), l'espèce et la

(1) L'enregistrement est nécessaire, alors même que l'acte sous seing privé aurait d'ailleurs date certaine. Cass., 5 juill. 1820. V. cependant Delvincourt, sous l'art. 2074. [La question est controversée. Selon les uns, l'indication de la formalité de l'enregistrement par l'art. 2074, comme moyen de donner à l'acte une date certaine opposable aux tiers, n'a rien de limitatif, n'est pas exclusive des autres moyens indiqués par l'art. 1328 et n'est pas une formalité substantielle, Delvincourt, 3, p. 672 ; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Gage*, n. 9 ; Valette, *Priv.* et *Hyp.*, p. 51, n. 49 ; Troplong, n. 199 ; Cass., 17 fév. 1858, S. V., 58, 1, 365. Selon les autres, au contraire, dont l'opinion est préférable, l'art. 2074 ayant spécialement exigé l'enregistrement comme moyen de conférer une date certaine à l'acte sous seing privé qui constate la constitution du gage, on ne doit avoir aucun égard aux autres moyens qui, aux termes de l'art. 1328, certifient la date des actes sous seing privé. On ne comprendrait pas, en effet, comment l'art. 2074, s'il eût entendu se référer à l'art. 1828 en ce qui touche la date certaine, se serait borné à énoncer comme moyen de l'obtenir un seul des moyen indiqués par ce dernier article, au lieu d'y renvoyer purement et simplement, Duranton, 18, n. 514 ; Massé, 6, n. 480.—Dans tous les cas, l'acte du gage ne pourrait obtenir date certaine par un moyen autre que ceux indiqués par l'art. 1328. Aix, 27 mai 1845 ; Dalloz, 45, 2, 118 ; Montpellier, 4 janv. 1853, S. V., 53, 2, 366.—Du reste, l'enregistrement de l'acte, comme l'acte lui-même, n'est requis que dans l'intérêt des tiers, et non dans l'intérêt du débiteur ; le débiteur ne pourrait donc, sous prétexte du défaut d'accomplissement de cette formalité, exiger du créancier gagiste la restitution des objets donnés en gage, Cass., 13 juill. 1824 ; Bordeaux, 8 août 1840, S. V., 41, 2, 169 ; Duranton, 18, n. 512 ; Massé, 6, n. 481.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) [L'acte de nantissement ou de gage doit contenir l'indication de la somme due, parce que sans cette déclaration les tiers, qui ne sont liés que par l'acte exigé part l'art. 2074, seraient fondés à ne voir qu'un simple dépôt dans le fait d'une remise qui ne peut avoir le caractère d'un gage que s'il y a une dette. Peu importe, d'ailleurs, que la dette soit actuelle ou future, certaine ou éventuelle et conditionnelle, Duranton, 18, n. 518 ; Troplong, n. 194 et s.; Massé, 6, n. 482 et s.] (MASSÉ ET VERGÉ).

nature de la chose engagée (1), ou se référer, pour ce qui concerne la désignation de cette chose, à un état séparé qui doit être annexé au contrat (2), art. 2074.

3° Si la chose mise en gage est une créance (3), il y a lieu à l'observation des mêmes formalités, quelque soit d'ailleurs le montant de cette créance (3) ; de plus, l'acte de gage ou de nantissement doit être, dans ce cas, notifié au débiteur de

(1) Il résulte de la lettre et de l'esprit de la loi que les objets doivent être décrits de manière à pouvoir être suffisamment distingués d'autres objets. Il ne suffirait donc point, par exemple, de la simple indication du nombre de volumes d'une bibliothèque engagée, Paris, 8 juin 1809, et Cass., 4 mars 1811. [V. aussi Paris, 20 mai et 15 juin 1841 ; Dalloz, 41, 2, 218 ; et Douai, 10 fév. 1843, S. V., 43, 2, 198.—Il a même été jugé que, lorsque de plusieurs objets donnés en gage une partie seulement n'a pas été décrite conformément à l'art. 2074, l'acte de nantissement est nul pour le tout. V. l'arrêt précité de Paris du 8 juin 1809. Mais il est évident que cet arrêt n'a aucun fondement juridique. Le gage qui porte sur plusieurs objets distincts n'est point indivisible ; rien n'empêche dès lors qu'il ne vaille pour les objets bien désignés, quoique nul pour ceux dont la désignation est insuffisante, Duranton, 18, n. 522 ; Troplong, n. 193 ; Devilleneuve, sur l'arrêt de cassation du 4 mars 1811.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) [Cet état, qui doit être nécessairement annexé à l'acte, doit être enregistré comme lui, Duranton, 18, n. 520.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(3) [Le privilége, dit l'art. 2075, ne s'établit sur les *meubles incorporels, tels que les créances mobilières*...il faut conclure de là que l'on ne peut donner en nantissement tous les droits incorporels quelconques, mais seulement les droits incorporels qui ont un caractère personel et mobilier, tels que les créances mobilières, arg. art. 1629. V. Paris, 3 fév, 1836, S. V., 36, 2, 147, et Troplong, n. 294 et s.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(4) [Les formalités prescrites par l'art. 2075 n'étant pas exigées pour la preuve du gage fourni en créances, mais pour sa constitution et pour la saisine ou prise de possession qui en est une condition essentielle, il en résulte que ces formalités sont nécessaires, même pour les créances de 150 francs et au-dessous, et qu'il n'y a pas lieu d'admettre pour ces créances l'exception admise par l'art 2074 pour le gage des meubles corporels d'une valeur inférieure à 150 francs, Duranton, 18, n. 524 ; Troplong, n. 267 ; Massé, 6, n. 517.] (MASSÉ ET VERGÉ).

la créance donnée en gage (1), art. 2075. V. cependant art. 1690, alin. ult.

4° Enfin, le privilége du créancier sur le gage n'existe

(1) [Le privilége, si le gage est une créance ou un meuble incorporel, n'existe que si le créancier gagiste est saisi de la créance à l'égard des tiers. Or, de même qu'en matière de cession ou de transport de la propriété d'une créance, c'est la signification au débiteur de la créance cédée qui saisit le cessionnaire à l'égard des tiers, de même, dans la transmission ou dans le transport à titre de gage, c'est la signification qui saisit le gagiste à l'égard des tiers et lui confère un privilége susceptible de leur être opposé.—La signification de l'acte de nantissement ne suffit cependant pas pour la prise de possession du créancier gagiste ; il faut, de plus, qu'il y ait tradition effective de la créance par la remise des titres, arg. art. 2074 et 2076 ; Liége, 15 mai 1810 ; Aix, 21 juill. 1842, S. V., 43,2, 199 ; Cass., 11 juin 1846, S. V., 46, 1, 444 ; Duranton, 18, n. 525 ; Troplong, n. 277 ; Massé 6. n. 519.—Il est à remarquer du reste que, lorsqu'il y a eu un acte de nantissement notifié il n'est pas nécessaire, pour effectuer la tradition des titres, qu'il y ait de plus un transport en règle ; il suffit de la simple remise du titre de créance, Cass., 19 juin 1848, S. V., 48, 1, 465.—De ce que la tradition ou remise réelle du titre de créance est nécessaire pour l'établissement du privilége du gagiste, il résulte qu'une créance qui n'est pas établie par titres ne peut faire l'objet d'un gage ou nantissement. Lyon, 31 janv. 1839, S. V., 39, 2, 527 ; Troplong, n. 278 ; Massé, 6, n. 520.—De ce que la constitution du gage en matière de créance a lieu dans la même forme que s'il s'agissait de transmettre la propriété de la créance, il suit que, lorsqu'il s'agit de valeurs transmissibles par voie d'ordre ou d'endossement, telles que lettres de change, billets à ordre, actions sociales, elles sont valablement données en gage par simple endossement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un acte de gage et à une notification, Cass., 18 juill. 1848, S. V., 48, 1, 609 ; Troplong, n. 283 et s.; Massé, 6, n. 521 et s.—*Contrà*, Lyon, 12 juill. 1849, S. V., 49, 2, 703.—Par la même raison, les billets ou titres au porteur, qui sont transmissibles par la simple tradition manuelle, peuvent de la même manière être donnés en gage, la remise qui en est effectuée ayant le même effet que l'endossement des obligations à ordre, Bordeaux, 17 avril 1845, S. V., 45, 2, 450 ; Paris, 8 fév. 1854, S. V., 54, 2, 320 ; Troplong, n. 287 ; Devilleneuve, S. V., 47, 1, 641 ; Massé, 6, n. 525.—*Contrà*, Cass., 11 août 1847, S. V., 47, 1, 641 ; Pardessus, n. 1303 ; Duranton, 18, n. 527. V. aussi Cass., 7 janv. 1851, S. V., 51, 1, 129, et Montpellier, 4 janv. 1853, S. V., 53, 2, 266.] (MASSÉ ET VERGÉ).

qu'autant que le soit le créancier, soit un tiers désigné par la convention a été mis et est resté en possession (1) de la chose qui en fait l'objet, art. 2076.

§ 780. 1° Le créancier nanti d'un gage est autorisé à retenir la chose qui lui a été donnée en gage, jusqu'à ce qu'il ait été intégralement payé (2) de sa créance, en principal et accessoires, V. § 757 et s. ; et, de son côté, le débiteur qui a fourni le gage ne peut le retirer tant qu'il ne s'est pas complétement libéré, à moins que le créancier n'abuse de la chose (3), art. 2073, et 2082, alin. 1.

Ce droit de rétention est donc indivisible (4).V. art. 2083.

Le créancier peut même, si depuis la constitution du

(1) [Sur le caractère que doit avoir cette possession, V Troplong, n 296 et s.] (Massé et Vergé).

(2) Ou jusqu'à ce que le débiteur se soit libéré d'une autre manière. V. cependant, sur le cas où le débiteur n'a d'autre moyen de libération à opposer que la prescription, L. 7, § 3, C., *De præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum*, et Cass., 27 mai 1812. [Il est certain que le débiteur est libéré non-seulement par un payement effectif, mais encore par tout ce qui, d'après les principes du droit, équivaut à un payement, et notamment par la novation et la compensation, Troplong, n. 461 et s. Mais il est également certain que le débiteur ne pourrait opposer au créancier gagiste la prescription qui se serait opérée depuis la constitution du gage. le gage entre les mains du créancier est une reconnaissance perpétuelle de la dette, Duranton, 18, n. 533 ; Troplong, n. 474. V. aussi l'arrêt précité du 27 juin 1812.] (Massé et Vergé).

(3) [Non-seulement en faisant de la chose un usage contraire aux lois et aux bonnes mœurs, mais encore en en faisant un usage qui la met en péril, Troplong, n. 468.] (Massé et Vergé).

(4) [Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette. Il est indivisible notamment entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier : l'héritier du débiteur qui a payé sa part de la dette ne peut donc répéter sa part du gage, tant que la dette n'a pas été entièrement acquittée, non plus que l'héritier du créancier qui a reçu sa part de la dette ne peut remettre le gage au préjudice de ses cohéritiers qui ne sont pas payés, art. 2083.] (Massé et Vergé).

gage (1) le débiteur a contracté (2) envers lui une nouvelle dette devenue exigible avant le payement de la première (3), retenir le gage jusqu'à parfait payement des deux dettes (4), art. 2082.

2° Le créancier peut, à défaut de payement de ce qui lui est dû, faire ordonner en justice que le gage lui demeure en payement et jusqu'à concurrence du montant de sa créance, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il soit vendu aux enchères (5).

(1) La loi unique, C., *Etiam ab chirogr. pecun.*, ne distinguait pas entre les créances antérieures et postérieures au gage. [Mais aujourd'hui l'art. 2082 n'attribue le droit de rétention qu'anx créances postérieures à la constitution du gage : on suppose que dans ce cas le créancier n'a pas demandé un nouveau gage, parce qu'il considérait le gage dont il était nanti comme suffisant pour garantir les deux dettes, Fenet, 15, p. 208.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) Ainsi ce droit de rétention n'a pas lieu lorsque la dette postérieure ne résulte pas d'un contrat formé entre les parties elle-mêmes, mais, par exemple, d'une cession faite par un autre créancier au créancier nanti. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*, Duranton, 18, n. 567. (MASSÉ ET VERGÉ).

(3) [V. Aix, 21 fév. 1840, S. V. 50, 2, 570.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(4) Mais ce droit de rétention n'est point uni à un privilége, Delvincourt, sur cet article. V. aussi Rouen, 17 déc. 1828 et 25 fév. 1829; Bordeaux, 22 juin 1832, S. V., 32, 3, 668, et Duranton, 18, n. 547. [En d'autres termes, le droit de rétention attribué à la dette contractée postérieurement à la constitution du gage n'est opposable qu'au débiteur, mais non aux autres créanciers vis-à-vis desquels celui qui n'a pas rempli, à l'égard de la dette postérieure, les formalités prescrites par l'art. 2074 ne peut prétendre à aucun privilége, Troplong, n. 465]—Ce droit de rétention n'a pas lieu lorsque le gage a été constitué par un tiers. (MASSÉ ET VERGÉ).

(5) Le créancier peut former une demande alternative. Dans ce cas, c'est au juge à apprécier ce qui convient. Le créancier peut aussi se borner à demander la vente aux enchères [ou l'estimation par experts, et, dans cas, le juge ne peut ordonner que ce qui est demandé par le créancier, auquel la loi donne l'option entre la vente et l'estimation. Le juge, en effet, ne peut avoir plus de droits que le débiteur qui, si le créancier

Mais il ne peut s'approprier le gage de sa seule autorité. Est nulle, en conséquence, la clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à le vendre autrement que dans les formes voulues par la loi (1), art. 2078. Toutefois, les parties peuvent convenir, dans l'acte de nantissement, qu'à défaut de payement le gage deviendra la propriété du créancier suivant l'estimation qui en sera faite alors par experts (2), ou qu'il sera vendu aux enchères publiques (3).

3° Le créancier est fondé à répéter toutes les dépenses

demande la vente, ne peut demander l'estimation, et, si le créancier demande l'estimation, ne peut demander la vente : c'est au créancier seul que l'art. 2078 donne le droit de faire ordonner soit l'une soit l'autre voie de réalisation du gage, Colmar, 23 fév. 1828, Troplong, n. 400 et s. V. cependant Duranton, 18, n. 536.—Rien n'empêche d'ailleurs le créancier de former une demande en payement comme s'il n'avait pas de gage, Delvincourt, sur l'art. 2078 ; [Duranton, 18, n. 536.] *Quid*, si le gage ne suffit pas pour désintéresser le créancier ? [Le produit ou la valeur du gage s'impute d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital de la créance, et le débiteur doit parfaire.] V. L. 35, Dig., *De pignor. act* ; L. 96, § 3, Dig., *De solutione*, art. 1254 et 2081 ; Proc., art. 945 et s.; et Bruxelles, 8 janv. 1834, S. V., 34, 2, 283.— Les frais de vente sont à la charge du débiteur, Rennes, 6 juin 1833, S. V., 34, 2, 114.—La clause *ne pignus vendatur* doit être considérée comme non écrite, Duranton, 18, n. 539, V. aussi L. 96, § 3, Dig., *De solutione*. (MASSÉ ET VERGÉ).

(1) [Cet article consacre donc la prohibition de la clause *commissoire*, c'est-à-dire de la clause qui autorise le débiteur, si le créancier ne paye pas dans un certain délai, à retenir en payement la chose donnée en gage. V. Troplong, n. 378 et s.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(2) [Troplong, n. 388. Mais il en serait autrement de la clause qui attribuerait le gage au créancier, en cas de non-payement, moyennant une estimation faite au moment du contrat. L'estimation doit être faite *ex tunc*, et non *ex nunc*, Troplong, n. 389.] Rien n'empêche d'ailleurs le débiteur qui, après avoir donné une chose en gage, ne peut ou ne veut payer, de vendre cette chose au créancier pour acquitter sa dette, *per argumentum à minori ad majus*, L. 6, Dig., *De pign. act.;* Delvincourt, sur l'art. 2078 ; Duranton, 18, n. 537 et 568 ; [Troplong, n. 386 et s.] (MASSÉ ET VERGÉ).

(3) [Sans avoir besoin de faire ordonner la vente en justice.] MASSÉ ET VERGE).

qu'il a faites pour la conservation ou pour l'amélioration de la chose (1), art. 2080, alin. 2, et à se faire indemniser du dommage que le gage peut lui avoir causé, arg. art. 1947.

Le débiteur, ou le tiers qui a fourni le gage, conserve d'ailleurs tous ses droits de propriété sur la chose engagée, comme si celle-ci n'avait été que mise en dépot chez le créancier gagiste. Si donc la chose porte des fruits, le créancier doit compte de ceux qu'il a perçus (2), art. 2079 et 2081.

§ 781. 1° Le créancier est tenu de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose donnée en gage (3). Il doit, par conséquent, indemniser le débiteur de la perte ou des dommages qu'elle a subis par sa faute constatée (4), art. 2080. V. aussi art. 1137.

2° Il doit, de plus, lorsqu'il a été complétement désintéressé, restituer (5) le gage à celui qui l'a fourni avec ses accessoires et ses accroissements, art. 2082. V. aussi art. 1940 et s.

(1) La rédaction de l'art. 2080 est défectueuse. V. L., 8, 25, Dig., *De pign. actione. Impensæ necessariæ simpliciter restituendæ sunt, utiles, quatenùs pretium rei augent*, Duranton, 18, n. 542. [V. Pothier, n. 61 ; Troplong, n. 434 et s.] (Massé et Vergé).

(2) L. 13, Dig., *De pign. et hypoth.;* L. 3, C., *In quibus causis pignus*, etc., Delvincourt, sur les art. 2079 et s. (Massé et Vergé).

(3) L'étendue de cette obligation paraît devoir être appréciée d'après les articles 1927 et 1928, alin. 2. [Cela n'est pas tout à fait exact. Bien que le créancier gagiste puisse être considéré à certains égards comme un dépositaire, arg. art. 2079, cependant sa responsabilité est plus étendue que celle du dépositaire, par le motif que le dépositaire rend un service à autrui, tandis que le gagiste se rend service à lui-même, Troplong, n. 426 et s.] (Massé et Vergé).

(4) Cass., 3 déc. 1834, S. V., 35, 1, 367. [Mais le créancier gagiste ne répond pas de la force majeure, Troplong, n. 430.] (Massé et Vergé).

(5) Sur la prescription de l'action en restitution du gage, V. Duranton, 18, n. 551 et s. [Cette action se prescrit par trente ans, qui commencent à courir du jour où le débiteur, s'étant complétement libéré, a pu retirer le gage : tant que le débiteur doit, le créancier, possédant à titre de gagiste, ne peut prescrire contre son titre, Troplong, n. 476 et s.] (Massé et Vergé).

1970. Le privilège ne subsiste qu'autant que le gage reste en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

1970. The privilege subsists only while the thing pawned remains in the hands of the creditor or of the person appointed by the parties to hold it.

---

* *C. N.* 2076. } Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1967, 1969.

1971. Le créancier ne peut, à défaut de paiement de la dette, disposer du gage. Il peut le faire saisir et vendre suivant le cours ordinaire de la loi en vertu du jugement d'un tribunal compétent et être payé par préférence sur les deniers prélevés.

Néanmoins cette disposition ne s'étend pas aux banques relativement aux bois qui leur sont donnés en gage conformément aux dispositions de l'acte de la 29me Vict. chap. 19.

[Le créancier peut aussi stipuler qu'à défaut de paiement il aura droit de garder le gage.]

1971. The creditor cannot, in default of payment of the debt, dispose of the thing given in pawn. He may cause it to be seized and sold in the usual course of law under the authority of a competent court and obtain payment by preference out of the proceeds.

This provision, however, does not apply to banks as regards timber given to them in security under the provisions of the statute 29th Vict. cap. 19.

[The creditor may also stipulate that in default of payment he shall be entitled to retain the thing.]

* *C. N.* 2078. } Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Nantiss.*, *n*o 18 *et s.* } 18. Constantin, en la loi dernière, Cod, *de Pact. pign.*, proscrit, dans les contrats de nantissement, la clause appelée *lex commissoria*, ou *pacte commissoire.*

C'est un pacte par lequel les parties convenaient " que si le débiteur, dans un certain temps, ne retirait pas la chose donnée en nantissement, en acquittant entièrement la dette, ledit temps passé, la chose serait de plein droit acquise irrévocablement au créancier en paiement de la dette."

Cette loi a été adoptée dans notre jurisprudence. Elle est nécessaire pour empêcher les fraudes des usuriers, lesquels trouveraient dans cette clause un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteraient, en prêtant de l'argent sous des gages de valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyaient ne devoir pas être en état de rendre la somme au temps convenu.

19. Il ne faut point comprendre avec le *pacte commissoire*, celui par lequel les parties conviennent " que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps la somme par laquelle la chose a été donnée en nantissement, ledit temps passé, la chose demeurerait acquise au propriétaire en paiement de la dette, non pas *simpliciter*, comme dans le pacte commissoire, mais suivant l'estimation qui en serait alors faite par personnes dont les parties conviendraient, et sauf à elles à se faire respectivement raison de ce que la chose serait estimée plus ou moins que la chose due.

Ce pacte ne renferme aucune injustice, et il est très permis :

Potest ità fieri pignoris datio, ut si intrà certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc æstimandam ; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis venditio ; L. 16, § *fin.* ff. *de Pign. et hyp.*

Le créancier à qui la chose a été donnée en nantissement, doit, en exécution de cette clause, après l'expiration du temps dans lequel la dette devait être acquittée, assigner le débiteur qui la lui a donnée en nantissement, pour convenir d'experts qui fassent l'estimation de cette chose, et pour voir dire que la chose lui demeurera en paiement de sa créance, pour l'estimation qui en aura été faite.

Sur cette assignation, intervient une première sentence qui ordonne l'estimation. Ce n'est que la sentence définitive, qui, en homologuant le rapport, ordonne que, conformément à la convention, la chose appartiendra au créancier pour la somme portée au rapport, que le créancier est fait propriétaire de cette chose.

Lorsque l'estimation monte plus haut que ce qui est dû au créancier, il faut, outre cela, pour que le créancier soit fait propriétaire de la chose, qu'il ait payé l'excédant au débiteur, ou que, sur son refus, il l'ait consigné.

Jusqu'à la sentence définitive, et jusqu'au paiement ou consignation de l'excédant, le débiteur, en faisant des offres réelles de payer tout ce qu'il doit, et les dépens faits jusqu'au jour de ses offres, est recevable à demander la restitution de la chose donnée en nantissement.

20. L'*antichrèse* était un pacte usité parmi les Romains, par lequel on convenait " que le créancier à qui on donnait une chose en nantissement, percevrait à son profit les fruits de cette chose pour lui tenir lieu des intérêts de la somme qui lui était due. L. 11, § 1, ff. *de Pign. et hyp.*

Notre jurisprudence française a réprouvé cette convention. Non-seulement elle n'est pas permise dans le contrat de prêt, dans lequel nos lois ne permettent pas d'exiger des intérêts de la somme prêtée, elle ne l'est pas non plus dans un contrat de constitution ; et nonobstant cette clause et sans y avoir

égard, le débiteur de la rente est fondé à demander au créancier un compte des fruits qu'il a perçus et à exiger de lui la somme dont ils se trouveraient excéder celle qu'il peut licitement exiger pour les arrérages de la rente ; sans cela un créancier de rente aurait, par ce pacte d'antichrèse, une voie ouverte de se faire payer une rente plus forte que les lois ne le permettent (1).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1969.

1972. Le débiteur est propriétaire de la chose jusqu'à ce qu'elle soit vendue ou qu'il en soit disposé autrement. Elle reste entre les mains du créancier seulement comme un dépôt pour assurer sa créance.	1972. The debtor is owner of the thing pledged until it is sold or otherwise disposed of. It remains in the hands of the creditor only as a deposit to secure his debt.

---

* *C. N.* 2079. } Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci.

---

* *ff. De pign. act.*, *Liv.* 13, *Tit.* 7, *L.* 35, § 1. } Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem : potest tamen et precario, et pro conducto debitor re sua uti. (FLORENTINUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le gage laisse la propriété au débiteur, et ne transfère au créancier que la possession. Cependant le débiteur peut retenir la possession de

(1) *V.* art. 2085, 2086, 2087, 2088 et 2089, C. civ. (BUGNET.)

sa chose, et s'en servir à titre de précaire ou de loyer. (Florentin).

---

* *Cod. De pign. et hyp.*, *Liv.* 8, *Tit.* 14, *L.* 9. } Si dominum ejus possessionis quæ pignori data esset, à debitrice domina ad te translatum est, eamque posteà creditor, vel ejus heredes detinere cœperunt : vindica eam rem præside provinciæ curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque à te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.

Proposit. 3 calend. octobris, Gordiano A. et Aviola Coss. 240. (Imp. Gordianus).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Si la propriétaire d'un fonds qu'elle avait déjà obligé à ses créanciers pour sûreté de leurs créances, vous en ayant, nonobstant cette obligation, transféré la propriété, la possession en est parvenue ensuite aux créanciers ou à leurs héritiers, revendiquez ce fonds devant le président de la province, qui ordonnera qu'il vous soit restitué sous la condition que, après déduction faite des fruits perçus par les créanciers, vous paierez ce qui leur reste dû.

Fait le 3 des calend. d'octobre, sous le même consulat que ci-dessus. 240. (Emp. Gordien).

Voy. *Zachariæ*, cité sur art. 1969.

Troplong, sur art. 2079 *C. N. n°* 416 *et s.* } 416. Le nantissement n'enlève pas la propriété au débiteur. Il en serait autrement si le nantissement n'était qu'une vente à réméré. Mais, par son essence, le nantissement laisse au débiteur la propriété de la chose engagée. *In dominio manet debitoris*, dit le jurisconsulte Tryphoninus d'après Papinien (1). Le créancier n'en acquiert que la possession : *Solam possessionem*

(1) L. 12, D., *De distr. pignor.* ; *Junge* l 9, C., *De pign. act.*

transfert ad creditorem, ajoute le jurisconsulte Florentinus (1).

417. Il suit de là que si la chose augmente ou diminue de valeur, c'est pour le compte du débiteur qu'ont lieu cette augmentation ou cette diminution. *Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet* (2).

418. Le débiteur peut même vendre la chose engagée, tout en respectant cependant le droit du créancier (3).

Il peut en disposer à cause de mort (4).

419. Et il peut exercer la revendication, apanage de la propriété, contre le créancier qui, après avoir été pleinement satisfait, garderait la possession de la chose engagée (5).

420. Cette situation a pour conséquence nécessaire d'attribuer au créancier le rôle secondaire d'un simple dépositaire de la chose. S'il la possède, ce n'est que dans un but restreint et limité ; elle ne lui a été donnée que pour assurer son privilége. Sa possession est précaire ; elle ne lui donne que le droit de garder la chose, de la retenir, de la conserver.

421. Il suit de là qu'il ne peut s'en servir pour ses usages. *Si creditor pignore...... utatur, furtum committit* (6).

Il en serait autrement s'il ne s'en servait qu'avec le consentement exprès ou tacite du débiteur (7). Mais ce consentement ne se présume pas facitement ; car en soi le gage ne confère qu'un dépôt oisif ; il n'est donné qu'à titre de sûreté, et non pour que le créancier en retire un avantage et un profit.

(1) L. 35, § 1, D., *De pign. act.*

(2) Ulp., l. 21, § 2, D., *De pignorib.*

(3) L. 7, § 2, D., *De distr. pignor.* L. 34, D., *De pign. act. Suprà*, n. 377.

(4) L. 57, D., *De legat.*, 1°.

(5) Papinien, l. 40, D., *De pign. act.* (*Respons.*, III).

(6) Instit., *De oblig. quæ ex delicto*, § 6. L. 54, D., *De furtis*. Mon comm. du *Dépôt*, n. 97, 98.

(7) Arg. de l'art 1930 C. c. Mon comm. du *Dépôt*, n. 100. *Infrà*, n. 438.

Toutefois, il y a des nantissements dans lesquels l'usage de la chose est sous-entendu, comme le gage d'un esclave, le nantissement d'un cheval de labour. Alors, le créancier doit tenir compte de la valeur des services que les choses lui procurent (1).

422. A plus forte raison, le créancier ne peut ni vendre la chose engagée, ni la faire servir à des usages abusifs.

423. Il peut cependant la mettre en gage (2). C'est ce qu'on appelle sous-gage, ou en latin *sub-pignus*. Si ce *sub-pignus* a été contracté en connaissance de cause par le sous-gagiste, ce dernier n'a pas plus de droits que son propre créancier (3).

Mais si la chose engagée a été donnée en gage comme sienne par le créancier, il est de règle que le sous-gagiste a tous les droits d'un premier créancier. Nous avons vu ailleurs les preuves de cette proposition ; elle est usuelle dans le commerce (4). Elle est fondée sur ce sage et tutélaire principe du droit français : *les meubles n'ont pas de suite.* Il ne reste au débiteur frustré dans ses droits que l'action pigneratice contre celui qui a abusé de sa confiance.

1973. Le créancier répond de la perte ou détérioration du gage selon les règles établies au titre *Des Obligations.*

De son côté le débiteur est tenu de rembourser au créancier les dépenses né-

1973. The creditor is liable for the loss or deterioration of the thing pledged according to the rules established in the title *Of Obligations.*

On the other hand, the debtor is obliged to repay to the creditor the neces-

(1) *Infrà* n. 438.

(2) L. 1, C., *Si pignus pignori datum sit.* L. 13, § 2, D., *De pignorib.*

(3) *Suprà*, n. 82.

(4) *Suprà*, n. 83.

cessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

sary expenses incurred by him in the preservation of the thing.

---

* *C. N.* 2080. } Le créancier répond, selon les règles établies au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence.

De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

---

* *Cod. De pign. et hyp.*, *Liv.* 8, *Tit.* 14, *LL.* 6, 8. } *L.* 6. In summa debiti computabitur etiam id quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit.

Proposit. 3 calend. augusti, Antonino A. IV. et Balbino Coss. 214. (IMP. ANTONINUS).

L. 8. Quamvis personali actione expertus adversus reum, vel fidejussores, seu mandatores ejus, feceris condemnationem : pignoris tamen adhuc habes persecutionem.

Proposit. idibus martiis, Gordiano A. et Aviola Coss. 240. (IMP. GORDIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } *L.* 6. On doit computer dans la dette ce que le créancier prouve avoir payé à raison des fonds qui lui ont été donnés à titre de gage, soit pour la réparation des chemins ou pour toute autre cause nécessaire.

Fait le 3 des calend. d'août, sous le quatrième consul. de l'empereur Antonin et le premier de Balbinus. 214. (EMP. ANTONIN).

L. 8. Quoique vous ayez déjà obtenu une sentence par suite de l'action personnelle que vous avez exercée contre votre

débiteur ou ses fidéjusseurs ou mandateurs, vous pouvez cependant poursuivre encore vos droits sur les gages.

Fait pendant les ides de mars, sous le consulat de l'empereur Gordien et d'Aviola. 240. (EMP. GORDIEN).

---

* *ff. De pign. act.*, *Liv.* 13, *Tit.* 7, *L.* 8 *in pr.*, *L.* 13, § 1, *L.* 24, § 3. } *L.* 8. Si necessarias impensas fecerim in servum, aut in fundum quem pignoris causa acceperim, non tantùm retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cùm ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse. Item insulam fulsisse, vel refecisse, et posteà deustam esse, nec habere quod possem retinere. (POMPONIUS).

L. 13, § 1. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato. Venit et custodia : vis major non venit. (ULPIANUS).

L. 24, § 3. In pigneratitio judicio venit, et si res pignori datas malè tractavit creditor, vel servos debilitavit. Planè si pro maleficiis suis coërcuit, vel vinxit, vel obtulit præfecturæ, vel præsidi, dicendum est pigneratitia creditorem non teneri. Quare si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit, illico pignus ancillæ solvitur. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 8. Si le créancier fait des dépenses nécessaires pour un esclave qu'il a reçu en gage, il a non-seulement droit de les retenir, mais encore de les exiger par l'action contraire du gage : par exemple, s'il a payé les médecins qui l'ont soigné dans la maladie dont il est mort. Il en seroit de même s'il avoit soutenu et réparé une maison qui ensuite ait été brûlée, en sorte qu'il ne puisse plus retenir ses dépenses par ses mains. (POMPONIUS).

L. 13, § 1. En matière de gage, comme en matière de prêt, on est obligé de rendre compte de sa mauvaise foi et de sa faute ; on est aussi responsable de la garde de la chose, mais non pas des cas fortuits. (ULPIEN).

L. 24, § 3. Le créancier est soumis à l'action directe relati-

vement au mauvais traitement qu'il a fait à la chose engagée, s'il a altéré la santé des esclaves ; cependant s'il les a corrigés, mis aux fers ou livrés au préfet ou au président pour les punir des délits qu'ils ont commis, il ne sera point soumis à cette action. Ainsi s'il prostitue une esclave qui lui est donnée en gage, ou la force à faire quelque chose d'illicite, à l'instant le gage est rompu. (ULPIEN).

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 1063, 1150, 1200.

Troplong, sur art. 2080 *C. N., n°* 424. } 424. Notre article s'occupe de la responsabilité du créancier gagiste en ce qui concerne la conservation et la garde de le chose.

425. Obligé de rendre la chose après avoir été payé (art. 2082 et 2083), la créancier doit, par une conséquence nécessaire, apporter un soin convenable (1) à la conservation de cette chose. Dépositaire d'après l'art. 2079, il ne doit pas laisser périr ce dépôt par sa négligence ; de même que le dépositaire proprement dit doit veiller sur l'objet déposé (2), de même le gagiste est tenu de pourvoir à la conservation de la chose confiée à ses mains.

426. Mais la responsabilité du gagiste se mesurera-t-elle sur celle du dépositaire ? Faudra-t-il suivre dans l'art. 2080 la comparaison que fait l'art. 2079 du gagiste au dépositaire ?

Non, évidemment. Le dépositaire rend un service à autrui ; le gagiste n'a l'intention que de rendre service à luimême ; et puisque c'est son intérêt qui le domine dans la réception du gage, il faut le mettre sur la ligne du commodataire, et non sur la ligne du dépositaire. Les lois romaines ont établi elles-mêmes cette analogie : *Venit autem in hanc actionem*, dit Ulpien, *et dolus et culpa ; ut in commodato venit et custodia ; vis major non renit* (3).

(1) V. Pothier, n. 31.
(2) Mon comm. du *Dépôt* n. 63. et suiv.
(3) L. 13, ¿ 1, D., *De pign. act.*

427. Maintenant, à quel degré s'élève la responsabilité du gagiste ? De quelle faute est-il tenu ?

S'il se rend coupable de dol, nul doute qu'il ne soit atteint par l'action pigneratice. Le dol est sévèrement banni des rapports civils (1).

428. Mais si, exempt de dol, le gagiste commet une faute de garde et de surveillance, nous contenterons-nous de lui reprocher la faute lourde ? Non. Ce serait le traiter en dépositaire (2). Il faudra donc qu'il réponde de la faute légère. Ulpien nous le dit expressément en se servant du mot *culpa*. Ce mot employé seul signifie toujours la faute légère (3) ; et Paul complète cette proposition quand il dit dans la loi 14, D., *De pignerat, act. : Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.* Ainsi, si le créancier qui a reçu un nantissement d'esclaves (cela se pratique encore aux colonies) les a maltraités sans nécessité, et s'il a affaibli leur santé par des châtiments non mérités, par une mauvaise nourriture ou des travaux exagérés, il est tenu par l'action pigneratice directe (4).

429. Quant à la faute très légère, elle est exclue par les textes. Ulpien et Paul ont évité à dessein les superlatifs. C'est la diligence du bon père de famille qui est exigée, et non pas la diligence du très bon père de famille (5).

Ce point a fort embarrassé les interprètes qui se sont imaginé que, dans le commodat, les jurisconsultes romains imposaient à l'emprunteur la diligence très exacte ; la comparaison du gagiste et de l'emprunteur, faite par Ulpien, renversait leur théorie ; ils ont inventé des distinctions, des corrections, des conciliations (6) ; et, par exemple, ils se sont

(1) Ulp. l. 13, § 1, D., *De pign. act.* ; Et l. 15, même titre. Instit., *Quib. modis re cont.*, § ult.

(2) Mon comm. du *Dépôt*, n. 65 et 76.

(3) Favre, *Ration.*, sur la loi 13, § 1, D., *De pigner. act.*

(4) Ulp., l. 24, D., *De pign. act.*

(5) Favre, sur les lois précitées. Mon comm. du *Prêt*, n. 72;

(6) Pothier, *loc. cit.*, n. 34.

avisés de dire qu'en prenant sa comparaison dans le commodat, Ulpien n'avait en vue que cette espèce de commodat dans lequel il y a utilité réciproque (1). Tout cela atteste l'esprit ingénieux et fertile des commentateurs. Quant à nous, nous avons professé à cet égard, dans notre commentaire du *Prêt*, une opinion qui nous dispense de ces efforts et qui met Ulpien d'accord avec les principes généraux et avec l'art. 2080 du Code civil.

430. Le force majeure n'est pas imputable au gagiste. La perte de la chose retombe sur le propriétaire (2).

431. Mais il ne suffit pas au gagiste d'affirmer que la chose a été perdue. Comme l'enseigne Pothier (3), et comme nous n'avons cessé de l'enseigner dans nos précédents commentaires, c'est au gagiste, en tant que gardien de la chose, à prouver l'accident, et, de plus, à établir que cet accident est arrivé sans sa faute (4).

Par exemple, le vol a lieu très souvent par un défaut de négligence du possesseur (5). Il ne prend donc le caractère de vol qu'autant que le gagiste montre que ses soins n'ont pu prévenir la perte de la chose (6).

Nous en dirons autant de l'incendie (7).

C'est pourquoi un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 décembre 1600 a déclaré un individu, qui avait reçu en gage un diamant, responsable du vol qui lui en fut fait par un de ses domestiques (8)

432. Mais quand le créancier a donné une explication sa-

(1) Bartole, sur la loi 13, D., *De pign. act.*

(2) L. 19. C., *De. pign. act.* Bartole, *loc. cit.*

(3) N. 31.

(4) L. 5, C., *De pignorib.*

(5) Arg. de la loi 22, D., *De pign. act.* Mon comm. du *Prêt*, n. 86.

(6) Mon comm. du *Prêt*, n. 87 ; de la *Vente*, n. 402 ; du *Louage*, n. 221, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 959, 987, 1088, 1092 ; de la *Société*, n. 584 ; du *Dépôt*, n. 234, 235 ; du *Mandat*, n. 372.

(7) Mon comm. du *Prêt*, n. 86.

(8) Despeisses, t. 1, p. 263. Automne sur la loi 12, § 3, D., *Pro socio.*

tisfaisante de sa conduite, quand il a montré que la perte ou la détérioration du gage ont eu une cause raisonnable, si le débiteur continue à soutenir que le créancier est en faute, c'est à lui à le prouver.

Caccia avait été nanti par Blum et compagnie de dix-huit actions industrielles au capital de 90,000 francs. Pendant que ces actions restaient ainsi déposées dans les mains du créancier, la société industrielle du capital de laquelle elles étaient dépendantes crut devoir opérer des modifications à ses statuts ; le résultat de ces modifications fut inscrit sur les actions et particulièrement sur celles dont Caccia était détenteur. Blum et compagnie ignorèrent ce fait. A l'échéance ils ne payèrent pas, et Caccia obtint du tribunal la permission de faire vendre les actions. La vente ne produisit que 8,175 francs. Blum et compagnie s'étonnèrent d'un tel résultat ; ils prirent des informations : ils furent avertis que l'on avait inscrit sur leurs dix-huit actions des mentions qu'ils prétendirent être de nature à les déprécier. Ils actionnèrent en conséquence Caccia devant les tribunaux. Mais il fut déclaré en fait qu'il n'était pas prouvé quel es modifications sociales mentionnées sur les titres eussent déprécié leur valeur, et que c'était à Blum à faire cette preuve s'il voulait faire peser une responsabilité sur Caccia (1).

433. La perte de la chose met fin à la sûreté dont le créancier avait été pourvu. Si cette perte a eu lieu par sa faute, de quoi se plaindrait-il ? Si elle avait eu lieu par force majeure, de quoi se plaindrait-il encore ?

Et quand le gage a été perdu par la faute du créancier, le débiteur a action contre lui pour se faire restituer le même corps certain qu'il avait reçu en gage (2) sinon tels dommages et intérêts qu'il appartiendra ; il peut encore se faire déclarer exempt de payer la dette principale (3).

(1) Cassat., req., 3 décembre 1834 (Dal. 35, 1, 61).

(2) L. 1, § 6, D., *De oblig. et act.*

(3) L. 4, § 8, D., *De doli mali et metûs except.*

Ce n'est que lorsque la perte a eu lieu sans la faute du créancier que celui-ci est en droit de réclamer son dû (1).

434. La première partie de l'article 2080 que nous venons d'analyser a traité de certains cas qui donnent lieu à l'action pigneratice.

La seconde partie va s'occuper d'une situation inverse : c'est celle d'où résulte pour le créancier l'action pigneratice contraire contre le débiteur (2).

Si, pour la conservation de la chose, le gagiste a fait des dépenses nécessaires, il doit en être indemnisé. Supposez que dans les colonies, où les nantissements d'esclaves sont si fréquents, le gagiste ait été obligé de faire soigner par les médecins un esclave donné en gage, il a l'action pigneratice contraire contre le débiteur pour être indemnisé. Telle est la décision de Sempronius : " Si necessarias impensas " fecerim in servum... quem pignoris causâ acceperam, non " tantùm retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam " actionem habebo ; finge enim medicis, cùm ægrotaret ser- " vus, dedisse me pecuniam et eum decesisse (3)."

435. Ce texte de Sempronius ne traite que des dépenses nécessaires (4). Mais que dirons-nous des dépenses utiles (5) ?

Ce point a été envisagé avec beaucoup de soin par Ulpien dans son commentaire de l'Edit (6).

Lorsqu'un créancier, dit-il, a fait apprendre un métier à l'esclave engagé, s'il a agi en cela conformément à l'intention du débiteur, il aura l'action pigneratice contraire ; sinon il faudra, pour lui accorder cette action, qu'il ait fait apprendre à l'esclave un métier nécessaire (7) ; et encore devra-t-on

(1) Instit., *Quibus modis re cont.* § 4, *in fine.*
(2) *Infrà,* n. 530.
(3) L. 8, D., *De pign. act.*
(4) *Junge* Ulp. l. 25, D., *De pign. act.*
(5) Pothier, n. 60. V, *Infrâ,* art. 2086, et n. 540, 541, 543.
(6) L. 25, D., *De pign. act.*
(7) Ce mot est celui du texte d'Ulpien. Mais voyez ce qui suit, et la remarque de Favre à la note (3).

la lui refuser dans le cas où l'indemnité à lui due s'élèverait si haut que le maître serait gêné pour la payer et serait, pour ainsi dire, forcé de renoncer à son esclave. Car si le créancier ne doit pas négliger la chose qu'il a reçu en gage, il ne doit pas non plus la rende telle que le recouvrement en devienne onéreux pour le débiteur... Le juge devra donc en ceci prendre un juste milieu : *mediè igitur hæc à judice erunt dispicienda.* Il nécoutera pas un débiteur trop pointilleux ; il n'écoutera pas un créancier trop disposé à grever le débiteur : *ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.*

On voit qu'Ulpien s'occupe ici d'une dépense utile et non pas d'une dépense nécessaire. Instruire un esclave à un métier est une chose d'utilité plutôt que de nécessité (1). Sa distinction est marquée au coin du bon sens et de la plus juste observation.

436. Elle a été répétée par Pothier (2). Mais notre article ne l'a pas reproduite. Est-ce pour la proscrire ? Non ! car ce serait proscrire la raison. Si l'art. 2080 a gardé le silence sur ces distinctions, c'est qu'il était inutile qu'il entrât dans des explications qui sont plutôt du domaine de l'interprète. Son texte suffit ; car il est évident qu'une dépense poussée à un point qui en définitive retombera sur le débiteur d'un poids onéreux n'est pas une dépense utile ; c'est une dépense imprudente. Le créancier est sorti de son rôle de gardien et de conservateur de la chose. On peut même le soupçonner de mauvaise foi. Qui sait, en effet, s'il n'a pas agi pour rendre impossible le retrait de la chose (3), et profiter de la gêne du débiteur (4) ?

(1) Favre, *Ration*, sur cette loi.

(2) N. 61.

(3) Favre, *loc. cit.*

(4) *Infrà*, n. 543.

[ARTICLE 1974.]

1974. S'il est donné en gage une créance portant intérêt, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette, pour sûreté de laquelle la créance est donnée, ne porte pas intérêt, l'imputation des intérêts du gage se fait sur le capital de la dette.

1974. If a debt bearing interest be given in pledge, the interest is imputed by the creditor in payment of the interest due to him.

If the debt for the security of which the pledge is given do not bear interest, the imputation of the interest of the debt pledged is made upon the capital of the former.

---

* *C. N.* 2081. } S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette.

---

* *ff. De pign. act.*, *Liv.* 13, *Tit.* 7, *L.* 18. } Si convenerit, ut *nomen debitoris mei pignori tibi sit*, tuenda est à prætore hæc conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis : si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

§ 1. Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus qui posteà adcrevit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis.

§ 2. Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris : quia cum sua causa fundus transeat ; sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit.

§ 3. Si quis caverit, *ut silva sibi pignori esset*, navem ex ea materia factam non esse pignoris Cassius ait : qui aliud sit

materia, aliud navis : et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait : *Quæque ex silva facta, natave sint.* (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Si un débiteur a donné en gage à son créancier l'obligation qu'il avoit d'un débiteur, le préteur doit confirmer cette convention ; de manière qu'il permette au créancier d'exiger sa somme du débiteur dont l'obligation lui a été engagée, et qu'il défende ce même débiteur dans le cas où, après avoir payé ce créancier, celui vis-à-vis duquel il est obligé voudroit agir contre lui. Ainsi, si l'obligation donnée en gage avoit pour objet une somme d'argent, le créancier qui aura reçu la somme diminuera sa créance d'autant ; si l'obligation avoit pour objet un corps certain, le créancier qui l'aura reçu le gardera à titre de gage.

§ 1. Si on donne en gage la nue propriété d'une chose, l'usufruit qui y sera retourné sera lui-même engagé. Il doit en être de même de ce qui aura été ajouté à un fonds donné en gage par les accroissemens insensibles des terres.

§ 2. Si on vend le fonds qu'on a engagé, il reste toujours frappé du gage, parce qu'il passe à l'acheteur avec sa cause ; comme il arrive à l'égard de l'enfant dont une esclave vendue est enceinte, et dont elle accouche après la vente.

§ 3. Si quelqu'un se fait donner un bois en gage, suivant Cassius, le vaisseau qu'on aura fait avec les arbres de ce bois ne sera pas engagé ; parce qu'il y a une distinction à faire entre le vaisseau et la matière avec laquelle il est construit. C'est pourquoi, dans une pareille convention de gage, il faut ajouter cette clause : " Et tout ce qui proviendra ou sera fait des arbres de la forêt ". (PAUL).

---

* *ff. De solut. et liber., Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 5, §§ 2, 3. } § 2. Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usuræ debitæ, et aliæ indebitæ, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum, tam debitarum, quàm indebi-

tarum pertinere : putà cùm quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debebantur. Si vero summa usurarum debitarum et non debitarum, non eadem sit, æqualiter ad utramque causam proficit quod solutum est, non pro rata : ut verba rescripti ostendunt. Sed si fortè usuræ non sint debitæ, et quis simpliciter solverit quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. Eidem autem rescripto ita subjicitur : Quod generaliter constitutum est, *priùs in usuras nummum solutum accepto ferendum*, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur. Et sicut ex pacti conventione datæ repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratæ, pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur.

§ 3. Apud Marcellum libro vicesimo digestorum quæritur, si quis ita caverit debitori, in sortem et usuras se accipere : utrum pro rata et sorti, et usuris decedat, an vero prius in usuras, et si quid superest, in sorte ? Sed ego non dubito, quin hæc cautio in sorte et in usuras, prius usuras admittat : tunc deinde, si quid superfuerit, in sortem cedat. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Berthelot. } § 2. L'empereur Antonin avec son père, a rescrit que, lorsqu'un créancier retire de l'argent par la vente d'un gage, s'il y a des intérêts, les uns dus civilement et les autres naturellement, ce qui est payé pour les intérêts s'applique à la cause de ces deux espèces d'intérêts, dont, par exemple, les uns étoient dus en vertu d'une stipulation, les autres d'un simple pacte. Mais si la somme des intérêts dus civilement n'est pas égale à celle des autres, ce qui a été payé profite également à l'une et à l'autre causes, mais non pas à proportion, comme le montrent les termes du rescrit. Mais si par hasard les intérêts ne sont pas dus civilement, et que quelqu'un ait payé simplement et volontairement des intérêts qu'il n'avoit point promis par stipulation, l'empereur Antonin a rescrit, avec son père, que ce paiement s'imputera sur le principal. Au pied du même rescrit on lit ces mots : Ce qui a été généralement décidé que le paiement doit d'abord être réputé avoir

acquitté les intérêts, paroît regarder les intérêts que le débiteur est contraint de payer. Et de même que ceux qui sont payés ensuite d'un pacte ne peuvent être redemandés, de même s'ils n'ont pas été payés particulièrement sous leur nom, on ne les regardera pas comme payés à la volonté de celui qui a reçu le paiement.

§ 3. Dans Marcellus, au livre vingtième du digeste, on demande, lorsque quelqu'un a ainsi déclaré au débiteur, qu'il reçoit pour le principal et les intérêts, si le paiement est imputé au prorata, et sur le principal et sur les intérêts, ou plutôt s'il ne le sera pas d'abord sur les intérêts, et ce qui en restera sur le principal ? Mais moi je ne doute pas que cette déclaration sur le principal et les intérêts n'acquitte d'abord les intérêts, pour ensuite, s'il reste quelque chose, être à l'acquit du principal. (Ulpien).

---

9 *Marcadé*, *sur art.* 2081 *C. N.* } I. —1178. Le créancier gagiste qui a veillé à la conservation du gage et qui en effectue la restitution après l'extinction de la dette, n'a pas encore satisfait à toutes les obligations que le contrat met à sa charge. Il doit, en outre, s'il y a lieu, tenir compte au débiteur des accessoires de la chose engagée, et parmi ces accessoires, les plus importants sont assurément les fruits naturels ou civils que la chose a produits. L'art. 2081, en supposant qu'une créance a été donnée en gage, s'occupe spécialement des fruits civils, à ce point de vue.

1179. Si la créance engagée produit des intérêts, il s'établit une compensation entre ces intérêts et ceux de la dette pour sûreté de laquelle le gage a été constitué : c'est l'idée qu'exprime le § 1er de l'art. 2081 en disant que le créancier impute les intérêts produits par la créance engagée sur ceux qui peuvent lui être dus à lui-même. Mais si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte pas elle-même intérêts, ou si les intérêts qu'elle porte sont inférieurs à ceux de la créance engagée, l'imputation se fait, pour la totalité ou pour l'excédant, sur le capital de la dette : c'est

ce qui résulte du second paragraphe de l'article. Dans les deux hypothèses, c'est au moyen de l'imputation qu'il est tenu compte au débiteur des accessoires de la chose, qui, comme la chose elle-même, étaient sa propriété nonobstant la mise en gage.

Du reste, la décision de la loi suppose nécessairement que le créancier gagiste est tacitement chargé par le contrat de percevoir les intérêts de la créance engagée, à l'effet de faire l'imputation par elle indiquée. C'est, d'ailleurs, conforme à la raison : les intérêts se prescrivant par un laps de temps assez court, il est naturel de supposer que le débiteur, dessaisi du titre,a chargé le créancier de toucher, en son lieu et place, les intérêts qu'il ne pourrait lui-même recevoir qu'avec l'assentiment de ce dernier. Par où l'on voit que la signification prescrite par l'art. 2075 a cet effet important, non-seulement de saisir le créancier et d'empêcher tout payement du capital à son préjudice, mais encore d'avertir le débiteur de la créance engagée que désormais c'est au gagiste que les intérêts doivent être payés.

1180. Toutefois, celui-ci n'acquiert pas par là le droit de toucher le capital. Il n'aurait ce droit que dans le cas où il lui aurait été expressément conféré par l'acte de nantissement. Encore même faudrait-il considérer la convention à cet égard comme constituant un simple mandat, toujours révocable à la volonté du débiteur. Et s'il résultait des termes du contrat ou d'autres circonstances que le mandat fût irrévocable, la convention impliquerait plutôt l'idée d'une délégation conditionnelle de créance que d'un véritable nantissement.

II.—1881. L'art. 2081 ne parle pas des meubles corporels frugifères. Il faut distinguer, en ce qui concerne les fruits qu'ils pourraient produire, suivant qu'ils sont ou ne sont pas susceptibles d'être conservés. Si la conservation n'en est pas possible, le créancier est virtuellement autorisé à les vendre, et alors il en doit imputer le prix, comme il vient d'être dit, sur les intérêts de sa créance, et subsidiairement sur le capi-

tal ; mais s'ils peuvent être conservés, le créancier les retiendra à titre de gage, comme augmentation de son gage primitif (*suprà*, n. 1080).

1182. Dans le cas où la chose est frugifère, le créancier reçoit tacitement du débiteur le pouvoir de s'en servir à l'effet de lui faire produire des fruits. Et par cela même, obligé qu'il est de donner à la chose tous les soins d'un bon père de famille, il sera comptable non-seulement des fruits qu'il a perçus, mais encore de ceux qu'il a négligé de percevoir.

Troplong, sur art. 2081 *C. N., n*° 437 *et s.* } 437. Notre article s'occupe des fruits de la chose donnée en gage ; point important et qui devait frapper l'attention du législateur.

En principe, le créancier doit, quand il est payé, rendre la chose avec les fruits et les accessoires ; il en est tenu par l'action pigneratice, et, soit qu'il les ait consommés, soit que ces fruits soient encore existants, il en doit être fait compte au maître de la chose. Comme les nantissements d'esclaves étaient fréquents chez les Romains, on trouve dans le Code de Justinien un titre qui traite du part de la femme esclave donnée en gage. Il y est posé en principe que l'enfant né pendant l'impignoration de la mère fait partie du gage, et que, dès lors, il doit en être tenu compte au débiteur. Le gage n'est pas une cause de gain pour le créancier, ce n'est qu'une assurance. Le créancier ne doit pas s'enrichir aux dépens du débiteur.

438. Les lois romaines vont plus loin : elles veulent que les travaux de l'esclave soient appréciés et imputés sur les intérêts et puis sur le capital ; ces travaux ont une valeur, et puisque le créancier en profite, il est juste qu'il consente à diminuer la dette d'autant : *extenuato debito*. Nous avons vu ci-dessus, en effet, que le créancier n'a pas le droit de se servir de la chose engagée, et si, par un consentement ex-

près ou tacite qui est toujours censé intervenir dans les nantissements d'esclaves, le droit d'user de la chose engagée lui est concédé, il est nécessaire qu'il fasse raison de l'avantage qu'il en retire.

439. Les nantissements de meubles corporels frugifères sont très rares dans les habitudes modernes. C'est pour cela que le Code civil n'a pas parlé des fruits produits par ces choses pendant l'impignoration.

Il en est autrement des meubles incorporels, des créances. On les donne très souvent en gage, et comme elles peuvent être productives d'intérêts, le Code civil a jugé nécessaire de s'en occuper. Les règles qu'il pose dans notre article ne sont qu'une application de celles que nous venons d'emprunter au droit romain.

440. C'est pourquoi les intérêts de la créance, si elle en produit, seront imputés sur les intérêts dus au gagiste par le débiteur.

Que si la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné n'était pas productive d'intérêts, les intérêtls de la créance engagée seraient imputés sur le capital et les diminueraient d'autant.

441. Notez, du reste, que la mise en gage d'une créance productive d'intérêts attribue au créancier le droit de les percevoir. Les intérêts, en effet, font partie du gage ; ils en sont un accessoire ; ils doivent aller trouver le créancier.

1975. Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé la dette en capital, intérêts et frais.

S'il est contracté une

1975. The debtor cannot claim the restitution of the thing given in pledge, until he has wholly paid the debt in principal, interest and costs ; unless the thing is abused by the creditor.

If another debt be con-

autre dette après la mise en gage, et qu'elle devienne exigible avant celle pour laquelle le gage a été donné, le créancier ne peut être tenu de rendre le gage avant d'être payé de l'une et de l'autre dette.

tracted after the pledging of the thing and become due before that for which the pledge was given, the creditor is not obliged to restore the thing until both debts are paid.

---

* *C. N.* 2082. } Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le payement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au payement de la seconde.

---

* *Cod. Etiam ob chirog.*, *Liv.* 8, *Tit.* 27, *L. Unic.* } Pignus intercidit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te, eumque, qui postea dominus fundi constitutus, novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur : quamvis personali actione expertus feceris condemnationem : pignoris tamen habes persecutionem. At si in possessione fueris constitutus : nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur : eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam

satisfecerint, quàm mutuam simpliciter acceperunt : quod in secundo creditore locum non habet. Nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.

Proposit. id. martii, Gordiano A. et Aviola Coss. (Imp. Gordianus).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Vos droits sur les gages sont éteints si, par l'effet d'une novation, ayant reconnu et accepté pour tenir la place de votre débiteur le créancier de ce dernier, vous ne vous êtes point réservé les mêmes gages qui vous avaient été donnés pour sûreté de votre créance par votre premier débiteur ; mais s'il a été convenu entre vous et celui qui est devenu ensuite propriétaire du fonds qui vous avait d'abord été engagé, et qui pour cela s'est chargé d'acquitter votre créance eu place de votre débiteur, que ce même fonds resterait, malgré la novation, toujours obligé à votre créance, vous pouvez exercer vos droits sur ce même fonds comme vous étant obligé, quoique vous ayez déjà été déclaré par une sentence n'avoir point d'action personnelle. Si, quoique vous ne soyez convenu de rien avec votre débiteur, vous avez été mis en possession du fonds, vous ne pouvez être contraint, à cause de l'exception de dol, de restituer cette possession ; à moins qu'on ne vous paye ou qu'on ne vous offre de payer non-seulement la dette pour laquelle le fonds vous a été obligé, mais encore les autres, s'il y en a pour lesquelles il n'y a pas eu obligation de gage : car c'est avec juste raison que vous prétendez que les gages ne doivent point être restitués aux débiteurs par cela seul qu'ils ont payé la dette pour laquelle les gages avaient été donnés ; mais qu'ils doivent, s'ils veulent qu'on les leur restitue, payer aussi les dettes pour lesquelles il n'y a pas eu obligation de gage. Cette disposition n'a pas lieu lorsque c'est le second créancier qui paye le premier pour acquérir son privilége : car le second créancier n'est point tenu d'offrir au premier le paiement des créances chirographaires.

Fait pendant les ides de mars, sous le cons. de l'empereur Gordien et d'Aviola. (EMP. GORDIEN).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Nantiss.*, *n*o 42 *et s.* } 42. Il n'y a ouverture à l'action *pignoratitia directa* pour la restitution de la chose donnée, en nantissement, que lorsque le créancier à qui elle a été donnée, a été entièrement payé de la dette, ou qu'il a été satisfait : *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio ;* L. 9, § 3, ff. *de Pign. act.*

43. La loi dit *omnis* ; pour peu qu'il reste quelque chose de dû de la créance pour laquelle la chose a été donnée en nantissement, il n'y a pas ouverture à l'action *pignoratitia directa* ; et le débiteur n'est pas encore recevable à demander la restitution, ni de ce qu'il a donné, ni même de la moindre partie de ce qu'il a donné en nantissement.

La raison est, que le droit de gage ou nantissement est quelque chose d'indivisible : *Individua est pignoris causa.* Le créancier acquiert par le contrat le droit de gage pour toute sa dette, et pour chaque partie de sa dette, sur tout ce qui lui est donné, et sur chaque partie de ce qui lui est donné en nantissement.

C'est pourquoi, si on a donné douze paires de draps en nantissement pour une créance de trente pistoles ; quand même elle aurait été depuis acquittée pour la plus grande partie, pour peu qu'il en reste encore quelque chose de dû, le débiteur ne sera pas recevable à demander la restitution d'un seul des draps qu'il a donnés en nantissement.

44. Par la même raison, si le débiteur qui les a donnés en nantissement, a laissé quatre héritiers, entre lesquels la dette s'est divisée, l'un des héritiers qui aurait acquitté la dette pour toute la part dont il en est tenu, n'est pas recevable à demander la restitution de la part qui lui appartient dans les draps qui ont été donnés en nantissement, jusqu'à ce que le créancier ait été entièrement payé des parts des autres

héritiers ; car, quoique, par la mort du débiteur, la dette ait été divisée entre ses héritiers, le droit de gage, qui est indivisible, ne s'est pas de même divisé, et le créancier le conserve sur tout et sur chaque partie de ce qui lui a été donné en nantissement, jusqu'à ce qu'il ait été entièrement payé de toute la dette par tous les héritiers du débiteur (1).

45. *Vice versâ,* si c'est le créancier qui est mort, et qui a laissé quatre héritiers ; quoique la créance se divise entre eux, le nantissement que le défunt a reçu, ne se divise pas ; et celui des héritiers qui a été payé entièrement de sa part dans la créance, ne peut, au préjudice de ses cohéritiers, rien rendre des choses qui ont été données en nantissement, jusqu'à ce qu'ils aient été tous entièrement payés.

46. Pour qu'il y ait ouverture à l'action *pignoratitia directa*, il ne suffit pas que le sort principal de la créance pour laquelle la chose a été donnée en nantissement soit acquitté ; il faut que les intérêts de cette créance, et tous les frais faits pour en avoir le paiement, qui en sont des accessoires, le soient aussi ; à moins qu'il n'ait été expressément convenu que la chose n'était donnée en nantissement que pour le sort principal de la créance : autrement le nantissement est censé fait tant pour le principal que pour toutes les dépendances de la créance.

47. Il y a plus : si le débiteur qui a donné à son créancier une chose en nantissement pour une certaine dette, avait depuis contracté une nouvelle dette envers le créancier, sans engager à la nouvelle dette la chose qu'il avait donnée en nantissement pour la première ; ce débiteur, après avoir acquitté entièrement la dette pour laquelle il avait donné la chose en nantissement, pourrait être exclu, par l'exception de dol, de l'action *pignoratitia directa*, pour la répétition de la chose donnée en nantissement, jusqu'à ce qu'il eût payé aussi l'autre dette, quoique la chose donnée en nantissement n'y fût pas obligée. C'est ce que décide l'empereur Gordien :

(1) *V.* art. 2083, C. civ. (Bugnet).

Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur quæ sine pignore debetur, eam restituere, propter exceptionem doli mali, non cogeris; jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam cujus nomine pignora obligaverunt offerentes, audiri non oportere, nisi pro illâ satisfecerint quam mutuam simpliciter acceperunt ; L. *unic.* Cod. *etiam ob chirogr.* (1)

Ce que dit Ulpien, en la loi 11, § 3, ff. *de Pign. act.*, paraît contraire à cette décision. Il y est dit *: Si in sortem duntaxat, non* (2) *in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est locum habet pignoratitia.*

La réponse est que lorsque, par le contrat de nantissement, les parties se sont expliquées que la chose n'était donnée en nantissement que pour le principal, et non pour les intérêts, il paraît que leur intention est que la chose doive être restituée aussitôt que le principal sera acquitté, quand même les intérêts ne le seraient pas encore ; car elles ne peuvent avoir eu d'autre vue en distinguant, comme elles ont fait, les intérêts du principal. Mais lorsque la créance qui a été contractée sans nantissement, a été créée par un acte différent, et dans un temps différent que celle pour laquelle on a donné un nantissement, le créancier, en contractant cette créance sans nantissement, n'est pas censé s'être interdit le pouvoir de saisir et arrêter entre ses mains, pour cette créance, les choses qu'il pourrait avoir entre ses mains en nantissement pour une autre créance.

Cette décision de l'empereur Gordien a lieu dans notre jurisprudence.

Quoique la dette pour laquelle une chose m'avait été donnée en nantissement, ait été entièrement acquittée ; si je me trouve encore créancier d'une autre somme certaine et li-

(1). *V.* art. 2082, § 2, C. civ. (Bugnet).

(2) La leçon ordinaire est *vel in usuras.* La correction de Cujas, qui pense qu'on doit lire *non,* au lieu de *vel,* est plausible. (*Note de l'édition de* 1766). (Bugnet.)

quide du débiteur qui m'a donné la chose en nantissement, je pourrai la retenir pour cette autre créance, quoique ce ne soit point pour cette créance qu'elle m'ait été donnée en nantissement (1) : car cette créance étant certaine et liquide, de même que je pourrais obtenir du juge la permission d'arrêter pour cette créance ses biens entre ses mains et entre celles des tiers, par la même raison, lorsque je suis assigné par mon débiteur pour lui rendre la chose que je me trouve avoir entre les mains, le juge doit me permettre de la retenir arrêter entre mes mains pour cette dette.

Il en serait autrement, si la créance pour laquelle je voudrais retenir la chose, ou n'était pas certaine, ou n'était pas liquide ; je ne pourrais en ce cas la retenir.

48. Pour qu'il y ait ouverture à l'action *pignoratitia directa* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, il n'importe comment la dette pour laquelle elle a été donnée en nantissement ait été acquittée, ni par qui ; soit qu'elle l'ait été par le débiteur qui l'a donnée en nantissement, ou par quelque autre pour lui ; soit que le créancier à qui elle a été donnée en nantissement, s'en soit payé lui-même entièrement par les fruits de la chose qu'il a perçus ; auquel cas le débiteur peut donner l'action *pignoratitia* contre lui, non-seulement pour la restitution de la chose donnée en nantissement, mais encore pour la restitution de ce dont les fruits qu'il a perçus se trouveraient excéder la somme qui lui était due : *Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum ; qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus ;*

(1) Le 2e aliéna de l'article 2082, exige une condition dont ne parle pas Pothier : Il faut que *la dette contractée postérieurement soit devenue exigible avant le paiement de la première dette ;* c'est-à-dire, il faut que le créancier ait stipulé le remboursement de la seconde dette avant celui de la première. Cette circonstance démontre que le créancier avait peu de confiance dans la solvabilité du débiteur, et qu'il voulait toujours conserver une sûreté spéciale, ce qui suffit pour opérer une constitution tacite de gage. (Bugnet).

si debitum excedunt, qui supererunt traduntur, videlicet motâ actione pignoratitiâ ; L. 1, Cod. *de Pign. act.*

49. Il y a ouverture à l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, non seulement lorsque la dette est entièrement acquittée, mais encore, comme nous l'avons dit *suprà*, n. 42, lorsque le créancier est satisfait, c'est-à-dire, lorsqu'il a bien voulu accepter à la place du nantissement, d'autres sûretés, et s'en contenter; et en général toutes les fois qu'il a bien voulu faire remise de ses droits de gage dans la chose qu'on lui a donnée en nantissement : *Satisfactum accipimus quemadmodùm voluit creditor, licet non sit solutum ; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat ; sive fidejussoribus, vel nudâ conventione, nascitur pignoratitia actio : et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore, videri satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licèt in hoc deceptus sit ;* L. 9, § 3, ff. *de Pign. act.*; *adde* L. 50, § 1, ff. *de Jur. dot.*

50. Observez une différence entre le *paiement* et la *satisfaction.*

Le débiteur a le droit de contraindre le créancier à recevoir le paiement de la somme pour laquelle la chose lui a été donnée en nantissement : faute par le créancier de vouloir recevoir le paiement qui lui est offert, le débiteur qui l'a mis en demeure de recevoir, peut donner contre lui l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement ; *Si per creditorem stetit quominùs ei solvatur, rectè agitur pignoratitiâ ;* L. 20, § 1.

Au contraire, on ne peut satisfaire au créancier qui n'est pas payé, qu'autant qu'il y consent, et qu'il veut bien accepter les sûretés qu'on lui offre, à la place du droit qu'il a acquis par le contrat dans la chose qui lui a été donnée en nantissement. Mais quelques grandes que soient les sûretés qu'on lui offre, quoiqu'elles soient plus grandes que celle qui résulte de son droit de gage, s'il ne veut pas remettre son droit, ni accepter à la place les sûretés qui lui sont offertes, on ne peut l'y contraindre.

De là naît une autre différence entre le paiement et la satisfaction.

Lorsque le débiteur a intenté prématurément l'action *pignoratitia* contre le créancier qui n'était ni payé ni satisfait, il peut, dans le cours de l'instance, même sur l'appel, rectifier sa demande, et faire condamner le créancier à la restitution du gage, en lui offrant le paiement de la dette en principal et intérêts, et les dépens faits jusqu'au jour de ses offres : au contraire, le débiteur ne peut rectifier sa demande en offrant au créancier des sûretés, s'il ne veut pas les accepter : *Quid ante solutionem egit pignoratitia, licèt non recté egit tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam, et quod suâ interest consequi ;* L. 9, § *fin.*, ff. *de Pign. act.—Quod si non solvere, sed aliâ ratione satisfacere paratus est... nihil ei prodest ;* L. 10, ff. *eod. tit.*

51. Il y a un cas auquel l'action *pignoratitia* est ouverte, et peut être intentée pour la restitution de la chose donnée en nantissement, quoique le créancier ne soit encore ni payé ni satisfait ; c'est celui auquel il mésuserait de la chose qui lui a été donnée en nantissement.

Ulpien nous en donne cet exemple : *Si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit, illius pignus ancillæ solvitur* (1) ; L. 24, § 3, ff. *eod. tit.*

Il en est de même d'un héritage que j'aurais donné en nantissement à mon créancier, pour qu'il en perçût les fruits en paiement de la somme qu'il me doit. Si mon créancier, qui est en possession de mon héritage, en abandonne la culture et la laisse en friche, je puis, *actione pignoratitiâ*, demander à y rentrer, quoique je n'ai pas encore payé ce créancier ; car, en contrevenant à l'obligation qu'il a contractée envers moi d'apporter le soin convenable à la conservation de la chose que ji lui ai donnée en nantissement, il me délie de celle que j'avais contractée de la lui laisser en nantissement (2).

(1) Aussi l'art. 2082, dit-il, " à moins que le détenteur du gage *n'en* " *abuse.*" (BUGNET).

(2) *V.* art. 2086, C. civ. (BUGNET).

52. Lorsque le créancier, en exécution d'une sentence, a fait vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, l'action *pignoratitia*, qui a lieu en ce cas contre lui pour rendre compte du prix, est ouverte aussitôt après la vente.

53. Il nous reste à observer que l'action *pignoratitià* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, n'est sujette à aucune prescription, pour quelque laps de temps que ce soit : *Quominùs fructus quos creditor ex rebus obligatis accepit, habitâ ratione ac residuo debito soluto, vel, si per creditorem factum fuerit quominùs solveretur, oblato et consignato, et deposito, pignora quæ in eâdem causâ durant, restituat debitori nullo spatio longi temporis defenditur*; L. 12, Cod. *de Pign. act.*

La loi 10, Cod. *eod. tit.*, décide la même chose.

La raison est que le créancier, qui a commencé à tenir la chose à titre de nantissement, est censé avoir toujours continué de posséder à ce titre, tant qu'il ne paraît pas qu'il soit survenu un nouveau titre, *quum nemo ipse sibi mutare possit causam possessionis suæ;* L. 3, § 19, *ff. de Acquir. poss.;* L. 2, § 1, ff. *pro Hærede.* Or ce titre de nantissement auquel il possède, réclame perpétuellement pour la restitution de la chose, étant de l'essence de ce titre de posséder à la charge de rendre après la dette payée ; et cette réclamation empêche la prescription (1).

Mais lorsque le créancier ne possède plus la chose qui lui a été donnée en nantissement, quand même ce serait par sa faute qu'il aurait cessé de la posséder, l'action se prescrit par la prescription ordinaire.

Nous avons décidé la même chose dans nos *Traités du Prêt à usage*, n. 47, et *du Dépôt*. n. 67, au sujet des actions *commodati* et *depositi :* il y a même raison.

Troplong, sur art. 2082 *C. N.*, *n°* 462-65-68-79. } 462. Le droit de rétention ainsi expliqué, voyons quelle en est l'étendue.

(1) *V.* art. 2236, C. civ. (Bugnet).

[ARTICLE 1975.]

Il est attribué au créancier pour tout ce qui lui est dû par le débiteur à raison du gage. Et ceci a une portée remarquable.

Si le créancier a prêté sur nantissement une somme d'argent, et qu'avant la libération du gage il ait prêté de nouvelles sommes devenues exigibles, le créancier aura le droit de rétention ; il ne sera forcé de se dessaisir qu'autant que la libération du débiteur sera complète et cela, lors même qu'aucune stipulation n'aurait affecté ce gage au paiement de la seconde dette. C'est ce que décide notre article par imitation de la loi unique au C., *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* Pourquoi cependant le gage couvre-t-il une dette à laquelle il n'a pas été nommément affecté ? Pourquoi n'est-il pas restreint à celle qui porte expressément sur lui ? Parce que le débiteur serait de mauvaise foi s'il voulait retirer le gage avant d'avoir entièrement satisfait le créancier. *Propter exceptionem doli mali* dit l'empereur Gordien dans la loi précitée. *Improbè facit debitor*, ajoute Cujas ; et son injustice doit être châtiée.

463. Nous remarquerons toutefois une différence entre la loi de Gordien et notre article. La loi romaine attribuait le droit de rétention à toute espèce de créance, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. Notre article est plus restreint. Il n'attribue le droit de rétention qu'à la créance contractée postérieurement à la constitution du gage. Dans cette situation, il suppose que si le créancier déjà nanti d'un gage n'en demande pas un second pour la nouvelle dette qui devra être acquittée avant la première ou en même temps qu'elle, c'est indubitablement parce qu'il a considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre des deux dettes.

464. Mais, notez-le bien, la disposition dont il s'agit ici n'est que pour le cas où la seconde dette est exigible au moment où il s'agit de purger le gage. C'est seulement alors que l'équité de sa disposition ne comporte pas d'objection. Comment alors le débiteur pourrait-il être admis à

dire : *Je reconnais que je vous doit l'une et l'autre somme ; mais je veux retirer le gage en vous payant seulement la première ?* Une telle exception ne serait-elle pas choquante ? Pourrait-on tromper l'espérance du créancier et admettre le débiteur à diviser ses deux dettes et à réclamer son gage sans payer tout ce qu'il doit ?

465. Ceci entendu, il faut savoir cependant que le deuxième paragraphe de notre article, étant fondé sur l'exception *doli mali*, n'est opposable qu'au débiteur ; et la constitution de Gordien déclare expressément que la rétention ne milite pas contre les créanciers de bonne foi ; ce qui, pour le dire en passant, achève de mettre en lumière le caractère que nous avons attribué au droit de rétention. Il en est de même dans l'esprit de notre article. Le créancier ne pourrait certainement pas se prétendre privilégié contre les tiers, à moins qu'il n'eût rempli les formalités prescrites par l'art. 2074 du Code civil. Il ne pourrait pas davantage leur opposer le droit de rétention.

468. Voyons maintenant dans quels cas cesse le droit de rétention.

Le premier est celui d'abus de la part du créancier dans l'usage de la chose donnée en gage. Le débiteur a alors l'action pigneratice pour se la faire rendre même avant d'avoir payé. C'est ce qui résulte de notre article et ce qu'Ulpien décide formellement dans la loi 24, § 3, D., *De pigner. act.* Le gage est dissous, dit ce jurisconsulte, et il est dissous sur-le-champ : " Quarè si prostituit ancillam, vel " aliud improbatum facere coegit, illico pignus ancillæ sol- " vitur."

Dans l'espèce prévue par Ulpien, la thèse est celle d'une femme esclave mise en gage et que le créancier a prostituée. Il ne faut pas croire, avec quelques auteurs, que la dissolution du gage est restreinte au seul cas où le créancier fait de la chose un usage contraire aux lois et à l'honnêteté. La pensée d'Ulpien doit être étendue à tous les cas où l'abus met la chose en péril.

[ARTICLE 1975.]

469. Le second cas qui fait cesser la rétention est celui où le débiteur paie au créancier l'intégralité de ce qu'il lui doit en capital, intérêts et frais. *Omnis pecunia exsoluta esse debet ut nascatur pigneratitia actio.*

Nous disons qu'il doit payer la totalité de ce qui est dû. En effet, un paiement partiel serait insuffisant. Le gage est indivisible, comme nous le verrons par l'article suivant. Il répond pour le tout de chaque partie de la dette. Lors même que la plus grande partie de la dette aurait été payée, le créancier serait en droit de retenir le gage pour le restant. *Pignus totum et in solidum durat*, disent les docteurs.

470. Que si, au contraire, la dette a été entièrement payée, le gage manque de cause pour l'avenir, et, l'obligation principale ayant pris fin, l'accessoire doit, par une conséquence nécessaire, s'évanouir. Le gage cesse donc, et cesse *ipso jure* : " Qui ipso jure liberatur pignus," dit Cujas. L'action pigneratice a pour but d'obtenir alors la restitution.

471. Au paiement il faut assimiler tout ce qui, d'après les principes ordinaires du droit, équivaut à paiement : la compensation, la novation, etc., etc.

472. Si, du reste, la novation était accompagnée d'une réserve expresse pour le maintien du gage, il faudrait respecter cette volonté des parties, et l'action pigneratice en restitution manquerait de base.

473. La renonciation du créancier au gage qui lui a été donné fait aussi cesser la rétention et donne ouverture à l'action pigneratice. *Et generaliter*, dit Ulpien, *dicendum erit*, *quoties recedere voluit creditor à pignore*, *videri ei satisfactum... licet in hoc deceptus sit.*

474. On demande si le créancier est censé avoir renoncé alors qu'il est resté trente ans sans réclamer son dû, et si par suite le débiteur, se prétendant libéré, a droit au retrait de la chose ?

La négative nous paraît certaine. Le débiteur, en laissant le gage dans les mains du créancier, a perpétuellement reconnu son droit, et celui-ci n'avait rien à faire pour le sauve-

garder. On ne peut donc lui opposer ni prescription, ni renonciation implicite équivalant à prescription.

Au surplus, nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 2087 du Code civil. Il est plutôt de nature à trouver sa place dans l'antichrèse que dans le gage mobilier.

475. Dans le droit commercial, on appelle du nom de revendication le retrait de la chose des mains du gagiste. Cette dénomination n'est pas déplacée ; car le débiteur qui s'est libéré exerce son droit de propriété, et la revendication n'est que le droit de propriété mis en action.

476. L'action en restitution de la chose engagée n'est pas sujette à prescription ; car le créancier qui a commencé à posséder comme gagiste est censé continuer à posséder à ce titre.

477. Il en est autrement lorsque le débiteur, après avoir payé tout ce qu'il doit, ne retire pas le gage. Le paiement a fait commencer un nouvel état de choses. La cause de la possession est changée ; ce n'est plus comme gagiste que possède le créancier ; il n'y a plus qu'une action ordinaire et personnelle pour retirer la chose, action qui s'éteint par trente ans.

478. Si le créancier ne possède plus la chose engagée, l'action se prescrit par le laps de trente ans. Ce laps de temps fait supposer que le débiteur s'est libéré, et que tout a été soldé et acquitté de part et d'autre.

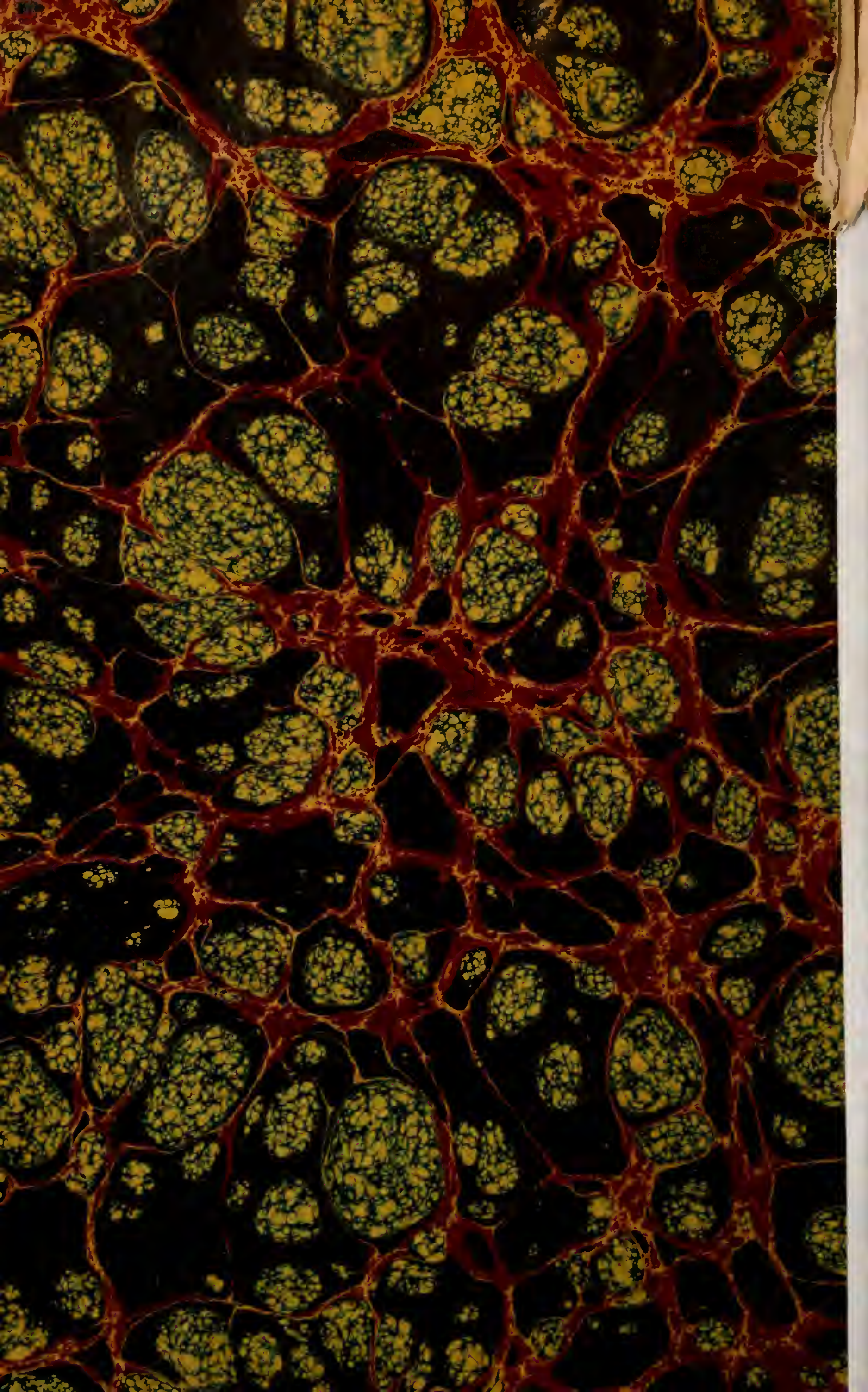
479. La prescription de trente ans aurait également lieu si le débiteur avait prouvé que la chose dont il demande la restitution a péri par la faute du créancier. Toutes les actions se prescrivent par trente ans. Il n'y a pas d'exception pour celle-ci qui n'est qu'une action pour la réparation d'une faute.

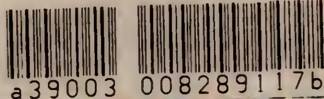
FIN DU SEIZIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE SEIZIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME




a39003 008289117b

